

Mainz

DIE FUSION VON AKTIENGESELLSCHAFTEN UND
DER SCHUTZ VON AKTIONÄREN UND DRITTEN BEI DER FUSION
IN DEN RECHTEN DER MITGLIEDSTAATEN
DER EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT

VON

MICHAEL FERNHOLZ

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554405_0011

DIE FUSION VON AKTIENGESELLSCHAFTEN
UND
DER SCHUTZ VON AKTIONÄREN UND DRITTEN
BEI DER FUSION IN DEN RECHTEN DER
MITGLIEDSTAATEN DER EUROPÄISCHEN WIRT-
SCHAFTSGEMEINSCHAFT.



Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
an der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät
der Johannes-Gutenberg-Universität
zu Mainz

Vorgelegt von Gerichtsreferendar
Michael Fernholz aus Berlin

1.Berichterstatter: Justizrat Prof. Dr. J.Bärmann

2.Berichterstatter: Prof. Dr. H.Ficker

Tag der mündlichen Prüfung: 25.Februar 1965

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT.

	Seite
§ 1. EINLEITUNG.	1
I. Die wirtschaftliche Konzentration in Europa.	1
II. Die Fusion als Konzentrationsform.	2
 <u>I. HAUPTTEIL.</u>	
 DAS SYSTEM DER FUSION.	
§ 2. DAS RECHTSINSTITUT DER FUSION.	15
I. Die Fusion in den Aktienrechten der Mitgliedstaaten der EWG.	
1. Frankreich.	
2. Belgien.	
3. Luxemburg.	
4. Holland.	
5. Italien.	
6. Deutschland.	
II. Der Begriff der Fusion.	23
1. Die Formen der Fusion.	
a. Die Fusion durch Aufnahme.	
b. Die Fusion durch Neubildung.	
c. Die Spaltung (scission).	
2. Die gemeinsamen Merkmale des Fusionsbegriffs.	
3. Die unterschiedlichen Einzelelemente des Fusionsbegriffs.	
4. Die Begriffsbestimmung der Fusion.	
§ 3. DIE VORBEREITENDE PHASE DER FUSION.	41
I. Die Vermögensbewertung.	41
II. Das Umtauschverhältnis.	47
1. Das Umtauschverhältnis bei der Fusion durch Neubildung.	

2. Das Umtauschverhältnis bei der Fusion durch Aufnahme.
- a. Der Realwert ist höher als der Nennwert.
- b. Der Nennwert ist höher als der Realwert.
3. Die Aktienspitzen.

§ 4. DIE PASSIVA DER ÜBERTRAGENDEN GESELLSCHAFT UND DER FUSIONSVERTRAG.

56

- I. Die Behandlung der Passiva der übertragenden Gesellschaft.
 1. Die Ablösung der Verbindlichkeiten mit vorhandenen Mitteln der Gesellschaft.
 2. Die Ablösung der Verbindlichkeiten mit Mitteln aus dem Aktienverkauf.
 3. Die vorbehaltlose Einbringung des gesamten Vermögens.

II. Der Fusionsvertrag.

61

1. Der Inhalt des Fusionsvertrages bei der Verschmelzung durch Aufnahme.
2. Der Inhalt des Fusionsvertrages bei der Verschmelzung durch Neubildung.
3. Die Form des Fusionsvertrages.

§ 5. DIE ENTSCHEIDUNG ÜBER DIE FUSION BEI DER ÜBERTRAGENDEN GESELLSCHAFT.

70

- I. Die Entscheidung der Aktionäre.
 1. Frankreich.
 2. Belgien.
 3. Luxemburg.
 4. Holland.
 5. Italien.
 6. Deutschland.

70

II. Die Mitwirkung von Nichtaktionären an der Beschlußfassung über die Fusion.	76
1. Die Inhaber von "parts de fondateur" und "parts bénéficiaires".	
2. Die Inhaber von Obligationen.	
§ 6. DIE AUFNEHMENDE UND DIE NEUE GESELL- SCHAFT.	81
I. Die aufnehmende Gesellschaft.	81
1. Die Gegenleistung für die Sacheinlage.	
2. Die Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft.	
a. Frankreich.	
b. Belgien.	
c. Luxemburg.	
d. Holland.	
e. Italien.	
f. Deutschland.	
II. Die neugegründete Gesellschaft.	90
1. Die Gründer der neuen AG.	
2. Die Gründungshauptversammlungen bei der neuen AG.	
§ 7. DIE LIQUIDATION DER ÜBERTRAGENDEN GESELL- SCHAFT UND DAS WIRKSAMWERDEN DER FUSION.	99
I. Die Liquidation im strengen Sinn.	99
II. Die Fusion ohne Liquidation der über- tragenden AG.	101
III. Die "liquidation sans partage".	102
IV. Das Wirksamwerden der Fusion.	106
§ 8. DIE AKTIEN DER AUFNEHMENDEN ODER NEUEN GESELLSCHAFT.	112
I. Die Kapitalbeteiligungen zwischen den fusionierenden Gesellschaften.	112

	Seite
II. Die Ausgabe der Aktien an die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft.	118
III. Die Verkehrsfähigkeit der neuen Aktien.	130
§ 9. DIE FORMERFORDERNISSE DER VERSCHMELZUNG.	138
I. Die Formerfordernisse bei der Beschlußfassung der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.	138
II. Die Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.	141
§ 10. DIE NICHTIGKEIT UND ANFECHTBARKEIT.	148
I. Die Nichtigkeit von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.	148
II. Die Anfechtbarkeit von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.	153

II. HAUPTTEIL.

DER SCHUTZ VON AKTIONÄREN UND DRITTEN BEI DER FUSION.

§ 11. DIE RECHTSTELLUNG DER AKTIONÄRE.	164
I. Das Informationsrecht und das Stimmrecht der Aktionäre.	164
II. Die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung der Aktionäre.	175
1. Frankreich.	
2. Belgien.	
3. Luxemburg.	
4. Holland.	
5. Italien.	
6. Deutschland.	

	Seite
§ 12. DER SCHUTZ DER AKTIONÄRE.	188
I. Die Anfechtung wegen Formfehlern.	188
II. Die Berufung auf materielle Mängel.	191
1. Frankreich.	
2. Belgien.	
3. Luxemburg.	
4. Holland.	
5. Italien.	
6. Deutschland.	
§ 13. DIE RECHTE DER ALLGEMEINEN GESELL- SCHAFTSGLÄUBIGER.	210
Vorbemerkung.	
I. Die Rechte der Gläubiger der übertra- genden Gesellschaften.	211
II. Die Rechte der Gläubiger der aufneh- menden Gesellschaft.	229
§ 14. DIE RECHTE DER BESONDEREN GESELL- SCHAFTSGLÄUBIGER.	231
I. Die Inhaber von Obligationen.	231
1. Frankreich.	
2. Belgien.	
3. Luxemburg.	
4. Holland.	
5. Italien.	
6. Deutschland.	
II. Die Inhaber von Vorzugsrechten.	245
1. Die Inhaber von "parts de fondateur".	
2. Die Inhaber von "parts bénéficiaires".	
3. Die Inhaber von "oprichtersbewijzen".	
4. Die Inhaber von "benefici riservati ai promotori".	
5. Die Inhaber von Genußrechten.	
§ 15. SCHLUSSBETRACHTUNG.	259

LITERATURVERZEICHNIS.

- ARENDT et DELVAUX, "Aperçu du régime des sociétés par actions en Luxembourg", abgedruckt in "Petite Collection JUPITER", Paris 1959.
- BASTIAN, Fusions des Sociétés, "Généralités, modalités, effets de la fusion (nullité, résolution, responsabilité)", in "Juris Classeur des Sociétés", Traité théorique et pratique, tome VIbis, Fascicules 164¹ bis 164², Ergänzungssammlung, Paris 1959, Stand 1964.
- BASTIAN, "La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation", in: Journal des Sociétés 1937, p. 1 suiv. et p. 65 suiv.
- BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz, 11. Auflage, München und Berlin 1961.
- BEITZKE, Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, Gutachten, Sonderdruck, Stuttgart 1964.
- BÖTTCHER-MEILICKE, Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1958.
- CASSONI, "Rapport sur les syndicats d'actionnaires en droit italien", abgedruckt in "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", Paris 1959.
- CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration dans la société par actions, Thèse, Paris 1962.
- COPPENS, "Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit belge", abgedruckt in "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", Paris 1959.

- DALSACE, "Fusion", in DALLOZ, Encyclopédie Juridique, Droit Commercial, tome III, "Sociétés", p. 390 suiv., Paris 1958.
- ERLER, Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, Göttingen 1956.
- EVERLING, in: WOHLFAHRT-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag Berlin und Frankfurt/Main 1960.
- FENGGE-HEENEN, in: Handels- und Wirtschaftsrecht der Länder des Gemeinsamen Marktes, herausgegeben von MÖHRING-SERICK-NIRK, Band I, Recht der Handelsgesellschaften, Frankfurt/Main und Berlin 1963.
- FERRARA, Gli imprenditori e le società, 4. Auflage, Mailand 1962.
- FIorentINO, "Sulla fusione di società commerciali", in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1949, p. 637 ff.
- FOYER, "Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français" abgedruckt in: "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", Paris 1959.
- FRÈ, in: SCIALOJA e BRANCA, Commentario del Codice Civile, Libro Quinto, "Società per Azioni", art. 2325 bis art. 2461, 2. Auflage, Bologna und Rom 1956.
- FREDERICQ, Traité de Droit Commercial Belge, tome V und VI (Les sociétés commerciales aux Pays Bas et au Luxembourg) Gent 1950.

- PROESSEL, "Les Scissions des Sociétés", in: "Juris Classeur des Sociétés", Traité théorique et pratique, tome Vibis, Fascicule 164^{II}, Ergänzungssammlung, Paris 1959, Stand 1964.
- GARCIN et HEPP, Recueils Pratiques du Droit des Affaires dans les Pays du Marché Commun, tome I, Régime des Sociétés, Ergänzungssammlung, aufgelegt Paris 1959, zitiert als Recueil EDITION JUPI-TER.
- GASPARONI, La Trasformazione delle Società, Mailand 1952.
- v.GODIN-WILHELMI, Aktiengesetz, Kommentar, 2.Auflage, Berlin 1950.
- GRAZIANI, Diritto delle Società, 5.Auflage, Neapel 1963.
- GUERRA, "Les fusions de sociétés en droit italien", in "Rapports au Colloques International de Droit Européen" vom 12.-14.Oktober 1961 in Brüssel, Section IV, Brüssel 1962.
- HAARDT, "Les fusions et les scissions des sociétés par actions aux Pays-Bas", Rapport au IV. Congrès International de Droit Comparé, 1. April 1953 in Den Haag; Paris 1954.
- HAMEL et LAGARDE, Traité de Droit Commercial, tome I, Paris 1954.
- HEPP, "Aperçu du régime des sociétés par actions en Belgique", abgedruckt in: "Petite Collection JUPITER", Paris 1959.

- HOUIN, "Le Traité de Rome et les fusions en droit commercial français", Rapport présenté au Colloque organisé à Nice en juin 1960 par l'Association des Juristes Européens, Protokoll, Maschinenschrift.
- HOUIN, "Rapport général sur la fusion des sociétés", in: "Rapports au Colloque International de Droit Européen", 12.-14. Oktober 1961 in Brüssel, Section IV, Brüssel 1962.
- HOUIN, "Les Fusions des Sociétés en Droit Français", Rapport au 6^{ème} Congrès International de Droit Comparé, Hamburg 1962, Section III A 2 "Droit Commercial", auszugsweise veröffentlicht in: Etude de Droit Contemporain 1963.
- HOUIN, "Sociétés par actions", in: Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1961, p. 626 - 649 und p. 863 bis p. 878.
- HOUPIN, "De la situation des actionnaires et des créanciers en cas de fusion de société, en ce qui concerne le règlement du passif de la société absorbée", in: Journal des Sociétés 1933, p. 440 suiv.
- HOUPIN, "Des droits des parts de fondateur en cas de dissolution et de fusion des sociétés", in: Journal des Sociétés 1934, p. 652 suiv.
- HOUPIN et BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des Associations, 7. Auflage, tome I et II, Paris 1935, tome I supplémentaire, Paris 1937.

JAHR und VÖLLMAR,

Das Aktienrecht der Niederlande,
Band 9 der Reihe "Ausländische
Aktiengesetze", eingeleitet und
übersetzt, Frankfurt/Main und
Berlin 1962.

JOLY,

Dictionnaire du Droit des Sociétés
Anonymes et en commandite par ac-
tions, tome II, Ergänzungssammlung,
Stand Mai 1963.

MARIN,

"Actions", in DALLOZ, Encyclopédie
Juridique, Droit Commercial,
tome III, "Sociétés", p. 1 suiv.,
Paris 1958.

MARTIN,

La fusion des sociétés par actions,
Thèse, Paris 1950.

MESSINEO,

"Impugnativa di delibera di fusione
e interesse di singoli soci", in:
Rivista delle Società 1957, p.220 ff

MESSINEO,

Manuale di diritto civile e com-
merciale, vol. III, 8. Auflage,
Mailand 1954.

METZLER,

Mélanges de Droit Luxembourgeoise,
Brüssel 1949.

MOREAU,

La Société Anonyme, Traité prati-
que, 2. Auflage, tome II,
Paris 1955.

MOSSA,

Trattato del nuovo diritto commer-
ciale, vol. IV "Società per Azio-
ni", Padua 1957.

MOSSA,

"Obbligazione ed obbligazionisti nel-
la società per azioni", in: Nuova
Rivista di diritto commerciale,
diritto dell'economia, diritto soci-
ale, 1955, p. 77 ff.

- PETERS, "Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen", in: Archiv für die civilistische Praxis 1956, S. 311 ff.
- PINOTEAU, "L'évaluation des entreprises en cas de fusion", in Gazette du Palais, "Doctrine", 1959 I 70 suiv.
- PIRMEZ, bei GUILLERY, Commentaire Législatif de la Loi sur les sociétés, commerciales (Loi du 18. mai 1873 et Loi du 12. mai 1886), tome II.
- RENAULD, "Les fusions des sociétés en droit belge", in: Rapports au Colloque International de Droit Européen vom 12.-14. Oktober 1961 in Brüssel, Section IV, Brüssel 1962.
- RESTEAU, Traité des Sociétés Anonymes, tome I und II, 2. Auflage, Brüssel 1933, tome IV und V. 2. Auflage, Brüssel 1934.
- RETAIL, "Etude de la parité des titres en matière de fusion", in: Journal des Sociétés 1954, p. 257 suiv.
- RETAIL, Fusions des Sociétés, 2. Auflage, Paris 1957.
- RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, tome I, 2. Auflage, Paris 1959.
- RODIERE, "Sociétés à responsabilité limitée" in: Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1961, p. 102 suiv.
- SANDERS, "La Fusion des Sociétés en Droit Néerlandais", Rapport au 6ème Congrès International de Droit Comparé, Hamburg 1962, Section III A 2 "Droit Commercial", Protokoll, Maschinenschrift.

- SCHILLING, "Die Rechtstellung der Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft in der Verschmelzung", in: DIE AKTIENGESELLSCHAFT, 1958, S. 229 ff.
- SCHILLING, in: Aktiengesetz, Großkommentar, begründet von GADOW, HEINICHEN, Eb. SCHMIDT, W. SCHMIDT und WEIPERT, Band 2 2. Auflage, Berlin 1962.
- STURM, in Handels- und Wirtschaftsrecht der Länder des Gemeinsamen Marktes, herausgegeben von MÖHRING-SERICK-NIRK, Band I, Recht der Handelsgesellschaften, Frankfurt/Main und Berlin 1963.
- VAN DER HEIJDEN-VAN DER GRINTEN Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlandsche Recht, 7. Auflage, Zwolle 1962.
- VANHAECKE, Le Groupes des Sociétés, Paris 1959.
- VAN OMMESLAGHE, Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé, Brüssel 1960.
- VAN OMMESLAGHE, "Le contrôle de la constitution des sociétés anonymes en droit belge", in: Revue de Droit International et de Droit Comparé, n° 2, 1962, p. 214 suiv.
- VAN OMMESLAGHE, Rapport introductif sur la coordination des garanties exigées des sociétés pour protéger les intérêts des associés et des tiers en matière de GROUPE DE SOCIÉTÉS (art. 54 III g Traité de Rome), Brüssel 1964.
- VAN OVEN et VAN LEEUWE, "La fusion de sociétés anonymes en droit néerlandais", in "Rapport au Colloque International de Droit Européen", vom 12.-14. Oktober 1961 in Brüssel, Section IV, Brüssel 1962.

- VAN RYN, Principes de Droit Commercial, tome I, Brüssel 1954.
- VAN RYN-HEENEN, Principes de Droit Commercial, tome II, Brüssel 1957.
- VAN RYN-VAN OMMEFLAGHE, "Examen de la Jurisprudence 1954 - 1956", "Sociétés Commerciales", in: Revue critique de jurisprudence belge 1958, p. 59 - 94.
- VAN RYN-VAN OMMEFLAGHE, "Examen de la Jurisprudence 1956 - 1958", "Sociétés Commerciales", in: Revue critique de jurisprudence belge 1962, p. 359 - 420.
- VASSEUR, "Fusions et Scissions des Sociétés par Actions", "Contributions Françaises aux III et IV Congrès International de Droit Comparé", Section III, "Droit Commercial", in: Etude de Droit Contemporain 1959.
- VERDIER, "Liquidation" in: DALLOZ, Encyclopédie Juridique, Droit Commercial, tome III, "Sociétés", p. 471 suiv., Paris 1958.
- VERDIER, "Le droit des sociétés et la concentration économique", in: "Dix ans de conférences d'agrégations", Etudes de Droit Commercial offertes à Joseph HAMEL, Paris 1961.
- WAUWERMANS, Manuel pratique des Sociétés Anonymes, 7. Auflage, Brüssel und Paris 1933.

WEBER,

"La fusion des sociétés au Grand -
Duché de Luxembourg", in: "Rapports
au Colloque, International de
Droit Européen", vom 12. - 14. Okto-
ber 1961 in Brüssel, Section IV,
Brüssel 1962.

WÜRDINGER,

Aktienrecht, Karlsruhe 1959.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.

AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis, zitiert nach Band und Seitenzahl.
AG	=	Aktiengesellschaft.
AktG	=	Aktiengesetz.
art.	=	article.
BGHZ	=	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seitenzahl der amtlichen Sammlung.
C.G.I.	=	Code Général des Impôts.
comm.	=	commercial.
DALLOZ	=	Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation, zitiert nach Abschnitt, Jahr und Seitenzahl.
direction	=	la revue mensuelle conçue pour les dirigeants, zitiert nach Monat und Jahr.
e.g.	=	exempli gratia.
Fasc.	=	Fascicule (JURIS CLASSEUR, Sociétés).
F.A.Z.	=	Frankfurter Allgemeine, Zeitung für Deutschland, zitiert nach Nummer und Erscheinungsdatum.
Foro it.	=	Foro italiano, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
Gaz.Pal.	=	Gazette du Palais, zitiert nach Jahr, Abschnitt und Seitenzahl.
HV	=	Hauptversammlung.
J.C.P.	=	Juris Classeur Périodique, zitiert nach Jahr und Nummer.
J.P.A.	=	Jurisprudence du Port d'Anvers, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
Journ.Soc.	=	Journal des Sociétés civiles et commerciales, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
J.T.	=	Journal des Tribunaux, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
L.C.	=	Lois Coordonnées des Sociétés vom 30. November 1935.
N.V.	=	Naamlooze Vennootschap.

op. cit.	=	opus citatum.
p.	=	page.
Pas. Belge	=	Pasicrisie Belge, zitiert nach Band und Seitenzahl.
Pas. Lux.	=	Pasicrisie Luxembourgaise, zitiert nach Jahressammlung, Abschnitt, Jahr und Seitenzahl sowie nach Band und Seitenzahl.
Rev.crit.jur.belge	=	Revue critique de jurisprudence belge, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
Rev.de Droit Int. et de Droit Comp.	=	Revue de Droit International et de Droit Comparé, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
Rev.prat.soc.	=	Revue pratique de société, zitiert nach Jahr und Seitenzahl.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seitenzahl der amtlichen Sammlung.
S.A.	=	Société Anonyme.
S.p.A.	=	Società per Azioni.
SIREY	=	Recueil Sirey, Jurisprudence, Législation, zitiert nach Jahr, Abschnitt und Seitenzahl.
suiv.	=	(scilicet "pages") suivantes.
vol.	=	volume.
WvK	=	Wetboek van Koophandel.

§ 1. EINLEITUNG.

I. Die wirtschaftliche Konzentration in Europa.

In den großen Industriestaaten der westlichen Welt ist die Entwicklung der modernen Massengesellschaft von dem Phänomen der wirtschaftlichen Konzentration begleitet, die ein Wesensbestandteil der kapitalistischen Wirtschaftsform ist.

Die vielfältigen Anforderungen, die heute an die Wirtschaft eines modernen Industriestaates gestellt werden, lassen sich nicht mehr in den Formen befriedigen, die das ausgehende 19. Jahrhundert geschaffen hat ¹⁾.

Daher ist auch die etablierte Ordnung des Rechts, soweit dessen Gegenstand die Ordnung wirtschaftlicher Vorgänge ist, einem tiefgreifenden Wandel unterworfen. Jede rechtliche Ordnung kann nur solange ihren Zwecken gerecht werden und funktionieren, als die zu ordnenden Gegenstände sich innerhalb des bestehenden Rahmens ihrer Natur entsprechend weiterentwickeln können. Eine Ordnung, welche die Verbindung zu den von ihr geregelten Lebensvorgängen verloren hat, wird spröde und erstarrt, bis sie an der unaufhaltsam fortschreitenden Entwicklung zerbricht. Daher muß das Recht sich im Einklang mit den Gegebenheiten, welche es zu regeln hat, fortentwickeln.

Am Beginn einer derartigen, besonders umfangreichen Entwicklung stehen die Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vor allem im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht.

Die steigenden Bedürfnisse der Massen haben im Verein mit der immer schneller fortschreitenden Entwicklung der Technik Produktionskapazitäten erforderlich gemacht und auch geschaffen, die bereits zu

1) Vgl. hierzu eingehend ERLER, "Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftsrechts", § 4, S. 28/29.

Beginn der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts den vorgegebenen Rahmen der organisch gewachsenen gesellschaftsrechtlichen Einheiten gesprengt haben.

Mit aller Deutlichkeit haben sich diese Zeichen einer neuen Zeit in den U.S.A. gezeigt, wo sich in relativ kurzer Frist die gewaltigsten Zusammenballungen wirtschaftlicher Macht entwickelt haben, welche die Geschichte kennt ²⁾.

Nach dem Ende des ersten Weltkrieges setzte in Europa ³⁾, und besonders in Deutschland, eine Verstärkung der wirtschaftlichen Konzentrationsbewegung ein, deren markanteste Zeugen in Deutschland die Wirtschaftsimperien von Hugo Stinnes und des I.G. Farben Konzerns waren.

Es kann an dieser Stelle keine Analyse der Konzentration der Wirtschaft Westeuropas vorgenommen werden ⁴⁾, sondern es sollte nur angedeutet werden, daß - grob gerechnet - bereits vor fast fünfzig Jahren eine Entwicklung eingesetzt hat, die, ungeachtet der

2) Das gilt sowohl für den Automobilbau, die Chemie, die Erdöl-, Elektro- und Stahlindustrie, als auch für die Verbrauchsgüterindustrie im weitesten Sinne und nach dem zweiten Weltkrieg besonders für die Luft- und Raumfahrtindustrie.

3) Wenn im folgenden von Europa die Rede ist, so ist ein "mittel- und westkontinentales Kleineuropa" gemeint, das, historisch gesehen, eine kulturell und politisch eng aufeinander bezogene Region darstellt, die sich jedoch mit dem Gebiet des Gemeinsamen Marktes in seiner derzeit bestehenden Form nicht deckt. Es darf als erwiesen angesehen werden, daß die "politisch-kulturellen mit den wirtschaftlich-finanziellen Optimalregionen nicht zusammenfallen"; so ERLER, op. cit., § 15, S. 120/121.

4) Vgl. für Deutschland den "Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung über die Konzentration in der Wirtschaft" vom 29.II.1964, Bundestagsdrucksache IV/2320 (Konzentrationsenquete der Bundesregierung).

vielfachen Wandlungen, denen sie unterlag, bis heute nicht zum Stillstand gekommen ist ⁵⁾.

Mit dem Entstehen der Europäischen Wirtschaftsge-
meinschaft, zu der sich Frankreich, Belgien, Luxem-
burg, Holland, Italien und die Bundesrepublik Deutsch-
land auf Grund der Verträge von Rom vom 25. März 1957
zusammengeschlossen haben, ist eine neue, in ihren
Ausmaßen noch keineswegs absehbare Welle wirtschaft-
licher Konzentration eingeleitet worden ⁶⁾.

Drei wesentliche Gründe lassen sich hierfür erkennen.
Die Entstehung eines geschlossenen Wirtschaftsraumes
von den Dimensionen des Gemeinsamen Marktes führt
zwangsläufig zu einer Verschärfung des Wettbewerbs
in allen Bereichen der Wirtschaft. Dies hat besonders
auf dem industriellen Sektor eines jeden Mitglied-
staates der EWG eine rigorose Auslese zur Folge, der
nur die wirtschaftlich gesündesten Unternehmen eines
Industriezweiges gewachsen sind ⁷⁾.

Unternehmen, die bisher auf dem innerstaatlichen
Markt eines der Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Mark-
tes noch ein bequemes Auskommen fanden, werden nunmehr
in vieler Hinsicht vor erhöhte Anforderungen gestellt.
Ihnen bleibt vielfach zur Erhaltung ihrer Lebensfähig-
keit keine andere Wahl, als sich an andere, artverwandte

5) Auf die umfangreiche Literatur hierzu kann nicht im
einzelnen verwiesen werden; vgl. die Zusammenstel-
lung bei CHAMPAUD, op. cit., p. 305 bis 315.

6) Im nationalen Bereich liegen nur wenige Einzelunter-
suchungen vor. Die Konzentrationsenquete hat, soweit
ersichtlich, in anderen Staaten der EWG bisher noch
kein vergleichbares Gegenstück gefunden.
Vgl. auch die Untersuchung der Hohen Behörde der Mon-
tanunion. Unter den fünfundzwanzig größten Industrie-
unternehmen innerhalb der EWG und Großbritanniens, die
anhand der Brutto-Umsätze von 1962 festgestellt wur-
den, befinden sich allein zehn deutsche Unternehmen;
vgl. "DER SPIEGEL", Nr. 22 vom 27.V.1964.

7) Nach einer Meldung "F.A.Z.", Nr. 171, vom 26.VII.1963
erwartet die amerikanische Handelskammer bei einem Ab-
bau der Zölle zwischen Gemeinsamen Markt und den USA
einen "harten aber stärkenden Konkurrenzkampf".

Unternehmen anzulehnen oder mit diesen eine Verbindung einzugehen, welche zu größeren, leistungsfähigeren wirtschaftlichen Einheiten führt.

Ein weiterer Grund, welcher die Konzentrationsbewegung zu fördern geeignet ist, besteht darin, daß der Gemeinsame Markt einen Bedarf an Gütern aufweist, den die vorhandenen Produktionskapazitäten nicht befriedigen können. Es kann daher sehr leicht der Fall eintreten, daß ein einzelnes Unternehmen allein nicht in der Lage ist, diejenigen Investitionen aufzubringen, welche erforderlich sind, um unter den veränderten Verhältnissen konkurrenzfähig bleiben zu können.

Schließlich stellen aber die immer stärker zunehmenden Zusammenschlüsse von Unternehmen eine Reaktion auf das Eindringen ausländischer Unternehmen in das Gebiet der EWG dar, die aus Staaten kommen, welche dem Gemeinsamen Markt nicht angehören ⁸⁾ 9). In besonderem Maße gilt das für die U.S.A. ¹⁰⁾, jedoch auch für britische und japanische Unternehmen ¹¹⁾. Wenn sich die industrielle Konzentration auch zunächst deutlicher im innerstaatlichen Bereich auswirkt ¹²⁾,

8) Vgl. den Artikel "Antwort an KODAK", in "DIE ZEIT" Nr. 8, v. 21.II.1964, der den Zusammenschluß der Firmen AGFA und GEVAERT zu Gegenstand hat.

9) CHAMPAUD, op. cit., n^o 255, p. 202 fordert im Hinblick darauf, daß das Europa der Sechs ein Europa der Trusts werden müsse, um überleben zu können.

10) Nach einem Bericht der Wochenzeitung "DIE ZEIT", Nr. 8 vom 21.II.1964 haben nordamerikanische Unternehmen seit der Gründung der EWG in deren Mitgliedstaaten bis heute mehr als 30 Milliarden DM investiert.

11) Vgl. hierzu CHAMPAUD, op. cit., n^o 256, p. 202.

12) Kürzlich bekanntgeworden sind die Unternehmenszusammenschlüsse von PHOENIX-RHEINROHR mit der AUGUST-THYSSEN-HÜTTE und von FOCKE-WULF mit der WESER-FLUGZEUGBAU (vgl. "F.A.Z.", Nr. 189, vom 17.VIII.1963).

so bleibt sie in einem ökonomischen Großraum, wie er mit der Errichtung des Gemeinsamen Marktes geschaffen wurde, nicht auf das Gebiet innerhalb der Grenzen eines Mitgliedstaates beschränkt ¹³⁾.

Für die folgende Untersuchung sind im wesentlichen drei Vorschriften des Vertrages über die Errichtung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung.

In Artikel 100 EWG-Vertrag haben sich die Mitgliedstaaten verpflichtet, die für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlichen, innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzugleichen.

Auf dem Gebiete des Kartellrechts zum Beispiel sind durch die Schaffung der Kartellverordnung für die Länder des Gemeinsamen Marktes bereits bedeutsame Fortschritte erzielt worden. Auf einem Teilsektor hat also der Gedanke, die wirtschaftliche Konzentration innerhalb des Gemeinsamen Marktes einheitlich zu regeln, bereits konkrete Gestalt angenommen.

Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, dessen Angleichung durch die einzelnen Mitgliedstaaten der EWG für die wirtschaftliche Konzentration über die nationalen Grenzen hinweg unerlässlich ist, vollzieht sich der Assimilationsprozeß ungleich langsamer.

Während in Artikel 100 EWG-Vertrag ganz allgemein von der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften die Rede ist, handelt Artikel 54 III g EWG-Vertrag von der Koordinierung eines eng abgegrenzten gesellschaftsrechtlichen Bereichs.

13) Bezeichnend ist die "de-facto Fusion", (F.A.Z., Nr. 41, v. 18.II.1964) zwischen AGFA und dem holländischen Unternehmen GEVAERT. Freilich handelt es sich hierbei nicht um eine Fusion im rechtlichen Sinne. Ein weiteres Beispiel ist die schon länger zurückliegende Verbindung zwischen den Reifenfirmen VEITH und PIRELLI.

Artikel 54 III g EWG-Vertrag stellt insofern eine Spezialvorschrift zu Artikel 100 EWG-Vertrag dar ¹⁴⁾. Aus Artikel 54 III g EWG-Vertrag leitet sich für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung her, solche Bestimmungen, welche den Gesellschaften den Schutz der Gesellschafter und Dritter zur Pflicht macht, anzugleichen.

Die Anforderungen, die in den einzelnen Mitgliedstaaten an diese Schutzbestimmungen gestellt werden, sind derzeit vielfach noch so verschieden, daß sie zunächst auf "ein etwa gleichartiges Niveau" ¹⁵⁾ gestellt werden müssen, bevor mit einer Assimilation der bestehenden gesetzlichen Regelungen der Einzelstaaten begonnen werden kann. Erst durch die Vervollkommnung der nationalen Gesetzgebung kann der Schutz von Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern im überstaatlichen Rahmen des Gemeinsamen Marktes sinnvoll wirksam werden.

Die Zulassung und Anerkennung von Gesellschaften eines Mitgliedstaates der EWG in einem anderen sowie der Anerkennung der Fusion zwischen solchen Gesellschaften ist Gegenstand des Artikel 220 EWG-Vertrag. Hiernach sind die Mitgliedstaaten gehalten, die rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 II EWG-Vertrag ¹⁶⁾ ihre Rechtspersönlichkeit bei einer Sitzverlegung aus einem Mitgliedstaat in einen anderen nicht verlieren. Die Forderung nach Anerkennung der Fusion zwischen

14) EVERLING, EWG-Kommentar, Anm. 2 zu Artikel 100. Beachte insbesondere hierbei VAN OMMESLAGHE, Rapport introductif.

15) So EVERLING, EWG-Kommentar, Anm. 10 zu Artikel 54.

16) Hierunter fallen alle Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, Genossenschaften, Gesellschaften des Handelsrechts und des öffentlichen Rechts, sofern sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen.
Vgl. EVERLING, EWG-Kommentar, Anm. 7 zu Artikel 58.

Gesellschaften, die verschiedenen Mitgliedstaaten angehören, zeigt, welche Bedeutung dem Rechtsinstitut der Fusion im Hinblick auf das Zusammenwachsen der europäischen Wirtschaft im Gemeinsamen Markt beigemessen wird. Dem liegt die Idee zu Grunde, daß Unternehmenszusammenschlüsse, die wirtschaftlichen Bedürfnissen entspringen, nicht an den von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgerichteten rechtlichen Schranken scheitern dürfen ¹⁷⁾.

Indessen bestehen mit Ausnahme bilateraler Verträge ¹⁸⁾ noch keine Regelungen über die in Artikel 220 EWG-Vertrag geforderte Anerkennung von Gesellschaften ¹⁹⁾.

Die Konzentration wirtschaftlicher Macht kann in sehr verschiedener Weise vor sich gehen ²⁰⁾.

Entsprechend vielfältig sind daher auch die rechtlichen Bestimmungen, welche diese Vorgänge regeln. Die Skala reicht von der nur zu einem vorübergehenden Zweck eingegangenen Interessengemeinschaft über finanzielle,

17) Vgl. EVERLING, in EWG-Kommentar, Anm. 8 zu Artikel 220.

18) Hierunter sind Handels- und Schiffahrtsabkommen sowie Freundschaftsverträge zu verstehen, soweit sie entsprechende Klauseln über die wechselseitige Anerkennung von Gesellschaften enthalten.

19) HOUIN, "Le traité de Rome et les fusions...", aaO. III, 1 schlägt ein Abkommen zwischen den sechs Mitgliedstaaten vor, das die nach den einzelnen Rechtsordnungen bestehenden Schranken beseitigen soll, da es bis zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts noch zu lange Zeit dauern könne. Vgl. aber im übrigen das ausführliche Gutachten von BEITZKE.

20) CHAMPAUD, op. cit., n^o 6, p. 9: "Il est cependant des techniques juridiques dont le pouvoir de concentration est si élevé qu'elles peuvent servir de cadre à des opérations concentrationnistes extrêmement variées".

produktionsbedingte ²¹⁾, personelle Verbindungen und solche auf dem Gebiet der Forschung, von der Partnerschaft im Rahmen eines Kartells bis zur völligen wirtschaftlichen Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes innerhalb eines Konzerns und endlich bis zur völligen wirtschaftlichen und juristischen Verschmelzung mehrerer Unternehmen.

21) Solche Verbindungen beziehen sich heute zumeist auf Fragen der Rationalisierung der Fertigung oder der gemeinsamen Benutzung und des Ausbaues von Vertriebsorganisationen.

II. Die Fusion als Konzentrationsform.

Vom Begriff her gesehen ist die Fusion die vollkommenste Form wirtschaftlicher Konzentration. Während bei jeder anderen Form der Konzentration die rechtliche Selbständigkeit des "angeschlossenen" Unternehmens aufrechterhalten bleiben kann, ist das bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften nicht möglich.

Die Fusion selbständiger, gesellschaftsrechtlicher Organismen, wie Aktiengesellschaften es sind, führt entweder zur Schaffung eines neuen, vorher nicht vorhandenen Unternehmens mit eigener Rechtspersönlichkeit oder wirkt sich in der Weise aus, daß ein Unternehmen in einem anderen wirtschaftlich und juristisch aufgeht.

Ein derart inkorporiertes Rechtssubjekt hört damit seinem Wesen und seiner Form nach auf, Gegenstand selbständiger rechtlicher Betrachtung zu sein.

Bei der Fusion durch Aufnahme ist es zumindest ein Unternehmen, das mit der Beendigung des Verschmelzungsvorganges erlischt, bei der Fusion durch Neugründung sind es wenigstens zwei Unternehmen, deren Existenz auf diese Weise endet.

Dieser Grundsatz ist dem Fusionbegriff nach den Rechten aller Mitgliedstaaten der EWG eigen, ebenso wie das Institut des Fusionsvertrages, mit dessen Abschluß durch die Verwaltungen der beteiligten Gesellschaften der Verschmelzungsprozeß seinen Anfang nimmt.

In ihrer praktischen Anwendung als Erscheinungsform wirtschaftlicher Konzentration hängt die Fusion von Aktiengesellschaften entscheidend davon ab, inwieweit sie durch das geltende Steuerrecht eines Staates ge-

fördert oder erschwert wird ²²⁾.

Kein anderer Mitgliedstaat des Gemeinsamen Marktes begünstigt durch seine Steuergesetzgebung die Fusion von Aktiengesellschaften so sehr wie Frankreich ²³⁾.

In scharfem Gegensatz dazu wird in Deutschland ²⁴⁾ oder Italien ²⁵⁾ die Fusion steuerlich keineswegs in vergleichbarer Weise begünstigt.

Eine Darstellung der Fusion von Aktiengesellschaften nach aktienrechtlichen Gesichtspunkten bedarf für die praktische Anwendung notwendig der Ergänzung durch eine Untersuchung der mit einer solchen Operation verbundenen steuerrechtlichen Folgen.

Eine derartige Erörterung im Rahmen des hier gestellten Themas hätte indessen zunächst eine genaue Analyse des Systems der Steuerrechte in den einzelnen Mitgliedstaaten der EWG zur Voraussetzung, bevor überhaupt auf die fiskalischen Konsequenzen für die Fusion von Aktiengesellschaften eingegangen werden könnte. Bei der Vielfalt der sich ergebenden Fragen und den

22) Nicht zuletzt diese Erkenntnis dürfte dazu geführt haben, daß die EWG-Kommission die Harmonisierung der Steuergesetzgebung innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu den vordringlichen Aufgaben für das Jahr 1964 erklärt hat; vgl. "F.A.Z.", Nr. 29, vom 4.II.1964.

23) HOUIN, "Rapport général ...", 1961, aaO., p. 13 nennt bereits für 1958 über 600 Fusionen in Frankreich. Vgl. die sehr eingehende Analyse über die Fusionen in "direction", Februar 1963 und "Le Monde" vom 9.III.1963.

24) Vgl. SCHILLING, Aktiengesetz, Großkommentar, Anmerkung 1 a zu § 233 mit Hinweis auf § 15 II Körperschaftssteuergesetz. Nach der Konzentrationsenquete, S. 68, gab es im Untersuchungszeitraum von 1954 - 1960 gegenüber 155 Umwandlungen nur 8 Verschmelzungen in Deutschland.

25) Vgl. GUERRA, aaO., p. 100; die für 1965 geplante Fusion zwischen Montecatini und der SADE (Società Adriatica Di Elettricità) ist eine Ausnahme.

mannigfachen Unterschieden der nationalen Rechte würde eine derartige Untersuchung zwangsläufig über den Rahmen der vorliegenden Arbeit weit hinausgehen.

Im Interesse einer eingehenden Behandlung des gewählten Themas aus lediglich aktienrechtlicher Sicht muß daher auf eine Untersuchung des Einflusses steuerrechtlicher Fragen bei der Fusion von Aktiengesellschaften nach den Rechten der Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes verzichtet werden.

In den Mitgliedstaaten der EWG vollzieht sich die weitaus überwiegende Mehrzahl von Fusionen zwischen Aktiengesellschaften ²⁶⁾.

Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften verschiedenen Typs, e.g. zwischen einer AG und einer GmbH kommen zwar vor, sind aber derart selten, daß ihre praktische Bedeutung nicht ins Gewicht fällt ²⁷⁾.

In Belgien ist die GmbH (s.a.r.l.) als Rechtsform zwar durchaus gebräuchlich, das holländische Recht kennt dagegen diese Gesellschaftsform nicht.

Daher ist Gegenstand der folgenden Untersuchung ausschließlich die Fusion von Aktiengesellschaften und die sich hieraus für Aktionäre und Gläubiger ergebenden Folgen.

Eine Aktiengesellschaft steht auf Grund ihrer Tätigkeit in vielfachen Beziehungen zu ihrer Umwelt. Mit dem Schicksal der Aktiengesellschaften sind zwei Personengruppen in besonderem Maße verbunden: die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger.

Die Interessen dieser beiden Personengruppen werden naturgemäß in außergewöhnlich starker Weise berührt, wenn die Aktiengesellschaft, zu der sie in Beziehung stehen, mit einer anderen fusioniert.

26) HOUIN, "Les fusions ...", 1962, aaO., n° 1, p. 367.

27) Vgl. HOUIN, "Rapport général ...", aaO., p. 13.

Das gilt vor allem dann, wenn diese Aktiengesellschaft infolge der Verschmelzung als Rechtssubjekt zu existieren aufhört.

Grundsätzlich steht nach den Rechten aller Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes die Entscheidung darüber, ob eine Aktiengesellschaft mit einer anderen fusioniert und infolge dessen erlischt, ihren Aktionären zu ²⁸⁾, da sie die wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens sind.

Die Aktionäre treffen ihre Entscheidung in Form eines Beschlusses der Hauptversammlung. Da allgemein das Mehrheitsprinzip gilt, ist das Ergebnis der Beschlussfassung meist schon vorauszusehen, wenn eine potente Gruppe von Aktionären für das Fusionsprojekt gewonnen ist.

Eine solche Gruppe kann aus wenigen Aktionären bestehen und gegebenenfalls den Ausschlag bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung geben, ohne daß sie notwendigerweise über die Stimmenmehrheit verfügen müßte ²⁹⁾.

Die Folgen eines solchen Beschlusses der Hauptversammlung für diejenigen Aktionäre, welche der Fusion ihre Zustimmung versagt haben, sind in den Mitgliedstaaten der EWG unterschiedlich geregelt.

Der Schutz der Minderheitsaktionäre bildet daher einen besonderen Punkt der folgenden Untersuchung.

28) Soweit die Fusion gesetzlich geregelt ist, kann dies Recht auch nicht durch entgegenstehende Satzungsbestimmungen derogiert werden. Immerhin ist es nach holländischem Recht vorstellbar, daß eine Fusion auch ohne einen Beschluß der Aktionäre zustande kommt; dieser Fall ist indessen sehr theoretisch.

29) CHAMPAUD, op. cit., n^o 206, p. 174/175 hat diese Kategorie von Aktionären treffend als "contrôlaires" bezeichnet, deren Entscheidung sich die Minderheitsaktionäre beugen müssen.

Es gehört zu den übereinstimmenden Wesensmerkmalen des Fusionsbegriffes nach den Rechten aller Mitgliedsstaaten des Gemeinsamen Marktes, daß die Aktionäre der Gesellschaft, die infolge der Verschmelzung erlischt, Anteilseigner der aufnehmenden oder der zum Zweck der Fusion neugegründeten Aktiengesellschaft werden.

Die Beteiligung der Aktionäre der "übertragenden" Gesellschaft an dem aufnehmenden oder neuen Unternehmen richtet sich nach einem, meist schon im Fusionsvertrag festgesetzten Verhältnis, zu dem die "alten" Aktien in "neue" umgetauscht werden.

In der Festsetzung dieses Umtauschverhältnisses liegt die Gefahr begründet, daß die Rechte der Aktionäre infolge der Verschmelzung beeinträchtigt werden können. Daher ist der Ausgangspunkt für einen wirksamen Schutz der Aktionäre bei der Fusion die Regelung und Kontrolle des Umtauschverhältnisses.

Im Gegensatz zu den Aktionären haben die Gesellschaftsgläubiger nur in einigen wenigen Ausnahmefällen ein direktes Mitbestimmungsrecht, das die Durchführung der Fusion von ihrer Einwilligung abhängig macht.

In diesen Fällen handelt es sich jedoch immer nur um besondere Gläubigerkategorien, die, auf Grund der ihnen durch die Satzung oder spezieller Vereinbarungen ³⁰⁾ eingeräumten Rechte, den Aktionären in ihrer Stellung angenähert sind.

Das Interesse vor allem der Gesellschaftsgläubiger, die Forderungen gegen die infolge der Fusion untergehende Gesellschaft haben, ist naturgemäß in erster Linie darauf gerichtet, daß sich die Voraussetzungen für die Durchsetzung ihrer Forderungen, auch gegen die Gesellschaft, auf welche die Aktiva übergehen, nicht nachteilig verändern.

30) e.g. die Emissionsbedingungen bei der Ausgabe von Obligationen durch eine französische S.A.

Die Sicherung der berechtigten Gläubigerinteressen bei der Fusion von Aktiengesellschaften ist daher in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes, wenn auch in teilweise sehr verschiedener Form, geregelt.

Die Formulierung des Themas der vorliegenden Arbeit hat die Gliederung in zwei Hauptteile notwendig erscheinen lassen.

Der erste Hauptteil befaßt sich mit der systematischen Darstellung der Fusion von Aktiengesellschaften. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der besseren Gliederung des Stoffes hat es sich als zweckmäßig erwiesen, die Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen bei der Erörterung der Wesenselemente der Fusion einander gegenüberzustellen.

Dabei ist, soweit dies möglich war, eine Reihenfolge eingehalten, die mit der Darstellung des französischen Rechts beginnt. An das belgische und luxemburgische Recht schließt sich die Behandlung des holländischen Aktienrechts an. Die Darstellung der Fusion nach italienischem und deutschem Recht, die beide eine gesetzliche Regelung der Verschmelzung kennen, ist jeweils an den Schluß gestellt.

Das Prinzip der direkten Gegenüberstellung ist auch im zweiten Hauptteil der Arbeit beibehalten. In ihm wird die Rechtstellung der Aktionäre und Gläubiger von fusionierenden Gesellschaften dargestellt und untersucht, welche rechtlichen Möglichkeiten zum Schutz dieser Personengruppen gegen eine Benachteiligung infolge der Fusion bestehen.

Die Einteilung in allgemeine und besondere Gesellschaftsgläubiger und hier wieder in die Inhaber von Obligationen und "Vorzugsrechten" ergab sich von selbst.

Gegenstand der Schlußbetrachtung ist eine zusammenfassende Übersicht über die wesentlichen Unterschiede, welche die nationalen Rechte bei der Behandlung der Fusion von Aktiengesellschaften aufweisen.

I. HAUPTTEIL.

DAS SYSTEM DER FUSION.

§ 2. DAS RECHTSINSTITUT DER FUSION.

1. Die Fusion in den Aktienrechten der Mitgliedstaaten der EWG.

Die Fusion von Aktiengesellschaften als eigenes Rechtsinstitut ist den Aktienrechten aller Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bekannt. Bevor allerdings auf die einzelnen Wesensmerkmale der Fusion näher eingegangen werden kann, bedarf es eines kurzen Überblicks über die Entwicklung der einzelnen nationalen Aktienrechte, um auf diesem Hintergrund den spezifischen Begriff der Verschmelzung von Aktiengesellschaften eingehend zu betrachten.

1. Frankreich

Das Recht der Aktiengesellschaft in Frankreich findet seine Grundlage in dem Gesetz vom 24. VII. 1867. Es hat die aktienrechtlichen Vorschriften des Code de Commerce von 1807 abgelöst. Zwar sind aus diesem Gesetzeswerk eine Reihe von Normen in die Kodifikation von 1867 übernommen worden; in den nunmehr fast einhundert Jahren, in denen das Gesetz vom 24. VII. 1867 in Kraft ist, wurde es jedoch mehrfach erforderlich, die gesetzliche Regelung des Rechts der Aktiengesellschaft den veränderten Anforderungen der neuen Zeit anzupassen.

Eine wahre Flut von Gesetzen und Rechtsverordnungen hat seither das Gesetz von 1867 ergänzt, geändert und zum Teil völlig neu gefaßt.

Besonders die Wandlungen, die sich in der Änderung von Wesen und Einfluß der Gesellschaftsorgane zeigten, galt es, gesetzlich neu zu fixieren.

Diesem Zweck dienten die Gesetze vom 22.XI.1913 und vom 1.V.1930 über die Satzungsänderung; das Gesetz vom 23.I.1929 betreffend die "parts de fondateur"; das Décret-Loi vom 30.X.1935 über die Rechtstellung der Obligationäre; das Gesetz vom 25.II.1953 über die Neuregelung der Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung (HV) der Aktionäre und schließlich das Décret-Loi vom 7.I.1959 über die Verlegung des Gesellschaftssitzes ins Ausland.

Ungeachtet dessen fehlt eine gesetzliche Regelung der Fusion bis heute.

Der Ausdruck "fusion de sociétés" findet sich, abgesehen von der Steuergesetzgebung ³¹⁾, erst seit Erlaß des Décret-Loi vom 7.XII.1954 im Gesetz.

Der Grund für die Zurückhaltung des Gesetzgebers liegt darin, daß seit langem in Frankreich Lehre und Rechtsprechung solch umfassende Grundsätze für die Fusion von Kapitalgesellschaften entwickelt haben, daß eine gesetzliche Regelung dieser Materie überflüssig erscheinen könnte ³²⁾.

Dennoch ist gerade in den letzten Jahren immer wieder eine normative Fixierung der Verschmelzung gefordert worden, weil die Fusion ein eigenständiges Rechtsinstitut sei, nicht aber eine zusammenhängende Kette allgemeiner, aktienrechtlicher Vorgänge, wie die Gründung, Kapitalerhöhung oder Auflösung einer S.A. ³³⁾.

31) art. 210 alinéa 1 und art. 717, 718, 719 des C.G.I. (Code Général des Impôts).

32) s.a. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., n^o 59, p. 111; MARTIN, op. cit., p. 6.
Allerdings bemerkt HOUIN, note 12 in Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1961, p. 875: "Les arrêts concernant les fusions de sociétés sont peu nombreux".

33) VERDIER, op. cit., p. 217: "La nécessité d'un droit de fusion s'est fait sentir".

Auf dieser Linie bewegt sich auch ein der "Commission de réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés" am 21.VIII.1950 vorgelegter Entwurf, welcher in sechs Artikeln das Recht der Fusion zusammengefaßt hat ³⁴⁾.

Die Vorlage wurde stark gekürzt, ist aber dennoch nicht Gesetz geworden.

Ein Hinweis darauf, daß auch der französische Gesetzgeber der Fusion den Charakter eines eigenen Rechtsinstituts beilegt, findet sich im Steuerrecht.

Der Fusionsvorgang wird nämlich nicht nach den Einzeloperationen, aus denen er sich zusammensetzt, besteuert, sondern als einheitliches Ganzes. Der französische Staat bedient sich des Mittels der Steuererleichterung seit vielen Jahren, um die wirtschaftliche Konzentration der Industrie in Frankreich zu fördern ³⁵⁾.

2. Belgien

Die Rechtsentwicklung in Belgien ist der französischen in vielen Punkten sehr ähnlich.

In einem eigenen Gesetz wurde das Recht der "société anonyme", das bis auf den belgischen Code de Commerce von 1808 zurückreicht, durch Loi vom 19.V.1873 zusammengefaßt.

Obzwar der starke Einfluß des französischen Rechts auch heute noch klar erkennbar ist, haben sich im Laufe der Zeit mannigfache Unterschiede bei der rechtlichen Behandlung der S.A. in Belgien entwickelt.

Um die Jahrhundertwende und in der Folgezeit sah sich der belgische Gesetzgeber gezwungen, das Recht der S.A.

34) Veröffentlicht in: "Travaux de la commission de réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés" II, zusammen mit den "Délibérations sur le statut des S.A.", p. 293 suiv.

35) Vgl. besonders art. 115 und 210 C.G.I.

den sich immer schneller ändernden Verhältnissen anzupassen. Auf das Gesetz vom 18.V.1873 folgte als nächste bedeutendere Änderung des Aktienrechts das Gesetz vom 25.V.1913. Es sah Maßnahmen zum Schutze der Anleger gegen die überhöhte Bewertung von Sacheinlagen vor, regelte die Emission von Aktien und Obligationen neu, verstärkte die Haftung der Mitglieder der Verwaltung und formte das Verfahren bei Satzungsänderungen der S.A. um.

Mit Ausnahme der steuerrechtlichen Bestimmungen wurden alle die S.A. betreffenden Gesetze durch ein "Arrêté Royal" zu den "lois coordonnées des sociétés" vom 30.XI.1935 zusammengefaßt, die nunmehr den Titel IX des Code de Commerce bilden. Dennoch ist die Fusion von S.A. bis heute gesetzlich nicht geregelt, und nur die Steuergesetzgebung, welche die Fusion begünstigt, kennt den Begriff ³⁶⁾.

Bereits bei Erlass des Gesetzes vom 18.V.1873 war das Rechtsinstitut der Fusion von S.A. bekannt ³⁷⁾.

Ähnlich wie in Frankreich haben Lehre und Rechtsprechung in Belgien die Regeln entwickelt, nach denen eine Verschmelzung von S.A. vor sich geht ³⁸⁾.

36) FENGE-HEENEN, Handels- und Wirtschaftsrecht der Länder des Gemeinsamen Marktes, Belgien/2, Nr.15.71, S. 49

37) PIRMEZ, zitiert nach GUILLERY, "Commentaires législatifs" zu dem Gesetz vom 18.V.1873, p. 129/130, zählte die Verschmelzung zu den einfachen Satzungsänderungen.
Für den Fall der Veränderungen des Gesellschaftszwecks definierte er: "Il n'y a pas modification d'une société existante qui survit au changement qu'elle subit, mais destruction d'une première société sur les ruines de laquelle une seconde vient de s'édifier".

38) RENAULD, "Fusions des Sociétés en droit Belge", in Revue de droit international et de droit comparé 1961, p. 70/71.

3. Luxemburg

In enger Anlehnung an das belgische Recht entstand in Luxemburg die "Loi du 10 Août 1915 concernant les sociétés commerciales". Das Recht der "société anonyme" enthalten die art. 23 ff. dieses Gesetzes.

Ebenso wie dem belgischen ist aber auch dem luxemburgischen Recht eine gesetzliche Regelung der Fusion von S.A. unbekannt.

In dem durch das Gesetz vom 20.VI. 1930 eingefügten art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 findet sich jedoch ein klarer Hinweis auf die Verschmelzung von S.A.

4. Niederlande

Die große Tradition des holländischen Aktienrechts geht bis auf die Gründung der berühmten "Vereenigde Oost-Indische Compagnie" im Jahre 1602 zurück.

Diese erste große Gesellschaft trug bereits viele Züge der "Naamlooze Vennootschap" ³⁹⁾, deren Recht heute im III. Titel des Wetboek van Koophandel (WvK) gesetzlich geregelt ist. Dieser dritte Titel des WvK, in der Fassung des Gesetzes vom 2.VII.1928, wurde durch die Gesetze vom 6.IV.1933, vom 2.VII.1934 und vom 25.VIII. 1942 wesentlich modifiziert und umfaßt heute einhundert-zweiundzwanzig Artikel ⁴⁰⁾.

Von den Aktienrechten der Staaten des Gemeinsamen Marktes unterscheidet sich das holländische Aktienrecht nicht nur durch seine oft lapidare Kürze, sondern auch durch zwei einander weitgehend ausgleichende Prinzipien.

39) VAN DER HEIJDEN, "Handboek", p. 1.

40) Zur Geschichte und den Rechtsquellen des holländischen Aktienrechts vgl. JAHR und VÖLLMAR, Aktienrecht, Nr. 2, S. 4 ff; FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 867, p. 1272 ff.

Der starken Ausprägung der administrativen Kontrolle, mit deren Hilfe der Staat oftmals gestaltend in Lebensvorgänge der N.V. eingreift, steht die vom Gesetz großzügig gehandhabte Autonomie der Gesellschaftsatzung und ihrer Ausgestaltung gegenüber.

Viele Bereiche des Rechts der N.V. bleiben der Regelung der Statuten überlassen, das Gesetz stellt häufig nur Mindestforderungen auf.

Als Rechtsinstitut ist die Fusion gesetzlich nicht geregelt; nur das Steuerrecht kennt den Begriff der Fusion ⁴¹⁾.

Zwar ist der Ruf nach einer gesetzlichen Fassung der Verschmelzung immer wieder laut geworden, doch haben diesbezügliche Vorschläge im geltenden Recht keinen Niederschlag gefunden. Auch der Entwurf zur Reform des holländischen Aktienrechts sieht nur eine sehr allgemein gefaßte Regelung der Fusion von N.V. vor ⁴²⁾.

Dennoch ist die Fusion von Aktiengesellschaften in Holland keineswegs selten.

Vornehmlich die Rechtslehre hat hierfür praktisch gangbare Wege gewiesen, was sich deutlich an der Formulierung vieler Satzungen von N.V. ablesen läßt.

Eine Rechtsprechung zu den durch die Verschmelzung aufgeworfenen Fragen fehlt fast völlig ⁴³⁾.

41) Siehe auch HAARDT, aaO., p. 4; art. 18 der VO von 1942 über die Besteuerung von N.V.

42) VAN OVEN und VAN LEEUWE, op. cit., p. 111 sowie SANDERS, aaO., p. 4 beziehen sich hierbei auf art. 2 I, Ziff. 12 im II. Buch des Entwurfs.

43) HAARDT, aaO., p. 4, meint, dies sei besonders merkwürdig, da ein "transfert à titre universel" nach holländischem Recht nicht möglich ist und deshalb für die Übertragung von Verpflichtungen einer N.V. die Zustimmung ihrer Gläubiger nicht zu umgehen sei. Vgl. auch SANDERS, aaO.

5. Italien

Der Codice Civile von 1942 umfaßt auch das Recht der Aktiengesellschaft in Italien.

Innerhalb des Gemeinsamen Marktes ist kein Aktienrecht eines Landes stärker durch das deutsche Aktiengesetz von 1937 beeinflusst worden. Daher nimmt es nicht Wunder, daß der italienische Gesetzgeber - wenn auch nicht so eingehend wie der deutsche - für die Fusion von Kapitalgesellschaften eine gesetzliche Regelung getroffen hat.

Bereits der Codice di Commercio von 1882, der durch den Codice Civile abgelöst wurde, kannte die Verschmelzung, doch wurde sie gemäß art. 189 Codice di Commercio als ein Sonderfall der Auflösung von Kapitalgesellschaften behandelt. Die heute geltenden, in den art. 2501 bis 2504 des Codice Civile enthaltenen Vorschriften über die Verschmelzung von "società per azioni" (S.p.A.) sind durch Lehre und Rechtsprechung differenziert und zu einem annähernd geschlossenen System ausgestaltet worden ⁴⁴⁾.

Die Fusion von Aktiengesellschaften ist in Italien weit weniger häufig als beispielsweise in Frankreich, denn die Praxis bedient sich zur Konzentration wirtschaftlicher Macht in zunehmendem Maße anderer Mittel als der Verschmelzung ⁴⁵⁾.

44) Für die Fusion von Versicherungsgesellschaften, die ausnahmslos Kapitalgesellschaften sein müssen, gilt zusätzlich die Vorschrift des art. 1902 Codice Civile, die besagt, daß der Versicherungsvertrag infolge der Fusion nicht aufgelöst wird, sondern mit der aufnehmenden Gesellschaft fortzusetzen ist. Ähnliches gilt bei der Fusion von Banken.

45) GUERRA, "Les fusions des sociétés en droit italien" in "Colloques ...", 1961, p. 100.

6. Deutschland

Die Verschmelzung von AGen ist in Deutschland seit langem bekannt. In der Form der Fusion durch Aufnahme war die Verschmelzung bereits in den §§ 303 bis 306 HGB gesetzlich geregelt.

Das Aktiengesetz vom 30.I.1937, welches an die Stelle der aktienrechtlichen Vorschriften des HGB getreten ist, hat nicht nur in § 233 Ziff. 2 und § 247 AktG die Verschmelzung durch Neubildung ausdrücklich anerkannt, sondern auch in den §§ 233 bis 247 AktG die normative Regelung der Verschmelzung von AGen ⁴⁶⁾ überhaupt vertieft und erweitert.

In keinem Mitgliedstaat des Gemeinsamen Marktes findet sich eine auch nur annähernd ähnlich umfassende gesetzliche Ausgestaltung der Verschmelzung von AGen wie sie das deutsche Aktienrecht bietet.

Der Entwurf der Bundesregierung vom 3.II.1962 übernimmt daher in den §§ 327 bis 341 Reg.E. die durch das Aktiengesetz von 1937 geschaffene Regelung weitgehend und begnügt sich damit, einzelne Streitfragen auszuräumen ⁴⁷⁾.

Soweit die geplante Neufassung bei der Erörterung einzelner Fragen eine Rolle spielt, wird sie in dem entsprechenden Zusammenhang berücksichtigt.

46) Die §§ 248 bis 252 AktG bleiben im folgenden außer Betracht; vgl. Einleitung, § 1, S. 10.

47) So die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, S. 249 vor § 327 Reg.E.

II. Der Begriff der Fusion.

1. Die Formen der Fusion.

Die Aktienrechte der Mitgliedstaaten der EWG kennen zwei Erscheinungsformen ⁴⁸⁾ der Fusion von Aktiengesellschaften: die Fusion durch Aufnahme und die Fusion durch Neubildung. Für Italien und Deutschland ist dieser Unterschied in art. 2501 Codice Civile und § 233 AktG gesetzlich festgelegt.

a. Die Fusion durch Aufnahme.

Die Verschmelzung durch Aufnahme (fusion par absorption, fusion par annexion, incorporazione, samenmelting) ist die in der Praxis weitaus häufigere Form ⁴⁹⁾. Der Grund dafür liegt darin, daß an der Fusion durch Aufnahme Aktiengesellschaften beteiligt sind, die sich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach üblicherweise wesentlich unterscheiden. Voraussetzung für die Fusion durch Aufnahme sind wenigstens zwei Gesellschaften, von denen die wirtschaftlich schwächere ihr gesamtes Vermögen auf die aufnehmende Gesellschaft überträgt.

Die Übertragende Gesellschaft erlischt, die aufnehmende besteht in ihrem Charakter als Rechtssubjekt unverändert weiter.

b. Die Fusion durch Neubildung.

Auch die Fusion durch Neubildung (fusion par combinaison, fusion proprement dite, unione) setzt zu ihrer

48) Dies ist völlig herrschende Meinung. Nur für Italien will FIORENTINO, aaO., p. 639 eine Ausnahme gemacht wissen, der die beiden Formen der Fusion für selbständige Rechtsinstitute hält; auf die Behandlung der Einzelfragen hat diese Auffassung indessen keinen besonderen Einfluß.

49) Vgl. hierzu CHAMPAUD, op. cit., n° 198, p. 170 und n° 200, p. 172.

BÖTTCHER-MEILICKE, § 233, Anm. 8.

BÖTTCHER-MEILICKE, § 247, Anm. 7.

Durchführung das Bestehen von mindestens zwei Aktiengesellschaften voraus. Im Gegensatz zu der Fusion durch Aufnahme sind die beteiligten Gesellschaften in der Regel wenigstens annähernd von gleicher wirtschaftlicher Bedeutung⁵⁰⁾. Sie übertragen ihr gesamtes Vermögen auf eine eigens zum Zwecke der Fusion neu gegründete AG. Die Übertragenden Gesellschaften erlöschen und gehen in einem infolge der Fusion entstandenen Rechtssubjekt auf.

c. Die Spaltung (scission).

Diese Form, die vornehmlich in Frankreich eine Rolle spielt⁵¹⁾, könnte man als "negative Fusion" bezeichnen. Trotz mancher Gemeinsamkeiten ist die "scission" keine Form der Fusion. Unter "scission" versteht man die Aufspaltung einer S.A. in verschiedene Unternehmensbereiche, die von anderen S.A. aufgesogen werden. Zwar handelt es sich auch bei der "scission" um eine Form wirtschaftlicher Konzentration⁵²⁾, weil die aufnehmenden Gesellschaften durch die Angliederung von Teilen des aufgespaltenen Unternehmens in ihrer Substanz zunehmen.

Anders als bei der Fusion durch Aufnahme sind aber bei der "scission" wenigstens zwei "aufnehmende" Gesellschaften erforderlich. Gerade hieran zeigt sich aber schon, daß im Verhältnis der "Übertragenden Gesellschaft zu ihren Aktionären und Gläubigern ganz andere

50) Vgl. CHAMPAUD, op. cit., n° 201, p. 172.

51) Wenn auch nicht ganz klar ersichtlich ist, ob es sich im strengen Sinne um eine "scission" handelt, so kommt das gerade erst im Zusammenhang mit der Neugliederung der Compagnie des Machines Bull angewandte Verfahren in wirtschaftlicher Hinsicht einer Aufspaltung gleich. Vgl. F.A.Z. vom 31.X.1964, Nr. 254.

52) s.a. CHAMPAUD, op. cit., n° 192, p. 165.

Lösungen erforderlich werden ⁵³⁾, als diejenigen, welche für die Fusion im folgenden dargestellt werden sollen.

Während bei der Fusion die übertragende S.A. niemals aufgeteilt wird ⁵⁴⁾, kann es bei der "scission" vorkommen, daß die Aktionäre, möglicherweise sogar in Gruppen zusammengefaßt, an nur einer der aufnehmenden Gesellschaften beteiligt werden. Bei der Auswahl für die einzelnen Gruppen sollen nach Möglichkeit die Interessen der Aktionäre hinsichtlich besonderer Unternehmenseile der aufgelösten Gesellschaft berücksichtigt werden ⁵⁵⁾.

Dergleichen ist bei der Fusion undenkbar. Beide Rechtsinstitute sind ihrem Wesen und ihrer Systematik nach also sehr verschieden. Eine weitergehende Erörterung der "scission" in diesem Zusammenhang muß daher unterbleiben ⁵⁶⁾.

53) Vgl. MARTIN, op. cit., p. 11.

54) Von einer Aufteilung könnte man höchstens bei der "fusion partielle" sprechen, doch täuscht hier die Bezeichnung. Der "fusion partielle" fehlen ganz wesentliche Merkmale der echten Fusion, weil die Zusammenlegung von Unternehmensbereichen nicht von der Auflösung einer der beteiligten S.A. begleitet ist.

55) FROESSEL, aaO., Fasc. 164⁴, n° 2, p. 3.

56) Daher wird auf die Darstellung der "scission" als Form der Konzentration bei CHAMPAUD, op. cit., n° 222 suiv. p. 185 suiv., sowie bei FROESSEL, aaO., Fasc. 164⁴ verwiesen.

2. Die gemeinsamen Merkmale des Fusionsbegriffs.

Das Ziel der Fusion ist die Verbindung der industriellen, wirtschaftlichen, administrativen und finanziellen Kräfte der beteiligten Gesellschaften ⁵⁷⁾ durch deren rechtliche Vereinigung zu einer Aktiengesellschaft, die entweder infolge der Verschmelzung entsteht oder zuvor schon als Rechtssubjekt bestanden hat ⁵⁸⁾.

Mit dieser Feststellung ist aber die Frage nach dem Wesen der Fusion als Rechtsinstitut noch keineswegs beantwortet.

Drei wesentliche Merkmale sind nach allen Aktienrechten der EWG-Mitgliedstaaten dem Fusionsbegriff eigen. Die übertragende Gesellschaft bringt ihr gesamtes Vermögen in die aufnehmende oder neugegründete AG ein. Dies geschieht in Form einer Sacheinlage. Das zu übertragende Vermögen umfaßt bei beiden Fusionsformen Aktiva und Passiva oder nur die Aktiva, wenn die übertragende Gesellschaft zuvor ihre gesamten Verbindlichkeiten getilgt hat. Letzteres kann nach holländischem Recht nötig werden, um eine Verschmelzung durchführen zu können.

Das zweite gemeinsame Merkmal des Fusionsbegriffs besteht darin, daß die übertragenden Gesellschaften nach dem Wirksamwerden der Fusion unwiderruflich ihre Eigenschaft als Rechtssubjekt verlieren und erlöschen.

Das folgt allein schon aus der Tatsache, daß die übertragenden Gesellschaften infolge des Übergangs des

57) Tribunal comm. de la Seine, vom 20.I.1923, in Journal des Sociétés 1926, p. 562.

58) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 765, p. 889.

Vgl. MESSINEO, op. cit., vol. III, § 153, n° 16, p. 558.

gesamten Vermögens aufhören, Träger irgendwelcher Rechte und Pflichten zu sein; doch soll hierauf noch näher eingegangen werden.

Zum Wesen der Fusion von Aktiengesellschaften gehört endlich die kapitalmäßige Beteiligung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaften an der aufnehmenden oder neugegründeten AG. Das geschieht in der Weise, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften Aktien der aufnehmenden oder neuen AG erhalten und so zu deren Anteilseignern werden.

Allerdings kennt das italienische Recht von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Sie betrifft den Fall, daß bei der "incorporazione" die aufnehmende S.p.A. Alleinaktionärin der übertragenden Gesellschaft ist.

Werden nun beide S.p.A. derart miteinander vereinigt, daß die übertragende Gesellschaft nach Beendigung dieser Operation ihre Rechtspersönlichkeit verliert, so handelt es sich um eine echte "fusione per incorporazione", ohne daß die aufnehmende S.p.A. eigene Aktien an sich selbst ausgeben müßte.

Da Deutschland und Holland ebenfalls die "Einmann-AG" kennen, liegt die Problematik insofern gleich. Eine Ausgabe eigener Aktien an sich selbst wäre völlig ungerechtfertigt, da kein Grund besteht, die aufnehmende Gesellschaft infolge der Fusion zu ihrer eigenen Aktionärin zu machen. Darüber hinaus würden, je nach der Anzahl der auszugebenden Aktien, auch die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien, § 65 AktG und möglicherweise art. 41 a W.v.K., verletzt ⁵⁹⁾.

Wenn eine N.V. aus eigenen Mitteln ihr Kapital in einem Umfang erhöht, der es ihr gestattet, diese Aktien gegen

59) art. 41 a W.v.K. verbietet einer N.V., nicht voll einbezahlte, eigene Aktien zu erwerben. Voll einbezahlte eigene Aktien kann eine N.V. unentgeltlich in beliebiger Menge, entgeltlich nach Maßgabe der Satzung erwerben.

sämtliche Anteile an einer anderen N.V. umzutauschen, und auf diese Weise Alleinaktionärin dieser Gesellschaft wird, so handelt es sich dennoch nicht um eine Verschmelzung, da hier das Element der Vermögensübertragung und damit die Rechtsnachfolge fehlt. Daraus ändert sich auch dann nichts, wenn die "übernommene" N.V. später aufgelöst wird und in Liquidation geht, weil die Existenz dieses Unternehmens als juristische Person nicht mehr gerechtfertigt erscheint.

Man kann hier allenfalls von einer wirtschaftlichen Verschmelzung, nicht aber von einer Fusion im Sinne des juristischen Wortgebrauchs sprechen ⁶⁰⁾.

Unabhängig von diesem Sonderfall wird aber die Gültigkeit des in § 233 AktG festgelegten Grundsatzes für alle Aktienrechte der EWG-Mitgliedstaaten nicht berührt: Als Gegenleistung ⁶¹⁾ für den Übergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaften müssen an deren Aktionäre Aktien der neuen oder aufnehmenden AG gegeben werden ⁶²⁾. Denn die Verschmelzung von Aktienge-

60) Vgl. hierzu VAN OMMEESLAGHE, op. cit., n° 142, p. 247.

61) Siehe hierzu SCHILLING, in "DIE AKTIENGESSELLSCHAFT", 1958, S. 229.

62) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 765, p. 890.

HOUPIIN, "De la situation des actionnaires...", in Journal des Sociétés 1933, p. 449/450: "La fusion est, en second lieu, réalisable, par l'annexion d'une ou plusieurs sociétés, qui se dissolvent, à une société déjà constituée et qui continue d'exister au moyen de l'apport de leur actif, par les sociétés annexées, contre l'attribution d'actions de la société annexante créées à titre d'augmentation du capital de cette société".

WEBER, "La fusion des sociétés au Grand-Duché de Luxembourg", in "Colloques..." 1961, p. 103.

VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 107.

Corte de Cassazione, vom 3.II.1961, in Foro it. 1961 I 105: "Quando non vi sia rinunzia o liquidazione delle quote dei soci e non sia diversamente stabilito nella deliberazione di fusione mediante incorporazione in altra società, i soci della società incorporata diventano soci della società incorporante".

Ebenso FERRARA, op. cit., n° 296, p. 570.

sellschaften hat nicht nur eine sachliche Seite, die in der Fusion der Gesellschaftsvermögen liegt, sondern auch einen personalen Aspekt, indem sie die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften zu Aktionären der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft macht ⁶³⁾.

63) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 2 zu § 233.

3. Die unterschiedlichen Einzelelemente des Fusionsbegriffs.

In groben Umrissen ist der Fusionsbegriff nunmehr gezeichnet. Die nationalen Aktienrechte innerhalb des Gemeinsamen Marktes weisen jedoch einzelne Wesensmerkmale des Begriffs der Fusion auf, die sich deutlich voneinander unterscheiden.

Das gilt einmal für die Art des Vermögensüberganges von der Übertragenden auf die neue oder aufnehmende Gesellschaft.

Im französischen Recht hat sich seit langem die Auffassung durchgesetzt, daß sich der Vermögensübergang in der Form einer "transmission à titre universel" vollzieht. Der Streit über diese Frage ist heute völlig bedeutungslos, da die entscheidende Konsequenz der Haftung der neuen oder aufnehmenden S.A. gegenüber den Gläubigern der Übertragenden Gesellschaft allgemein anerkannt ist ⁶⁴⁾.

Es liegt nahe, hier die Parallele zum Erbfall bei natürlichen Personen zu ziehen. Die Übertragende Gesellschaft verliert ihre Qualität als Rechtssubjekt und erlischt. Die neue oder aufnehmende S.A. wird dagegen Trägerin sämtlicher Rechte und Pflichten der Übertragenden Gesellschaft ⁶⁵⁾.

64) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 953, p. 126. HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 767, p. 894; MOREAU, op. cit., n° 793, p. 1024; BASTIAN, aaO., Fasc. 164 = n° 21, p. 5 bemerkt: "Quoi qu'il soit, l'idée de transmission universelle a son importance pour résoudre la question de savoir si la société absorbante est tenue des dettes de la société absorbée: elle implique en effet une réponse affirmative". Diese Auffassung wurde erst neuerlich wieder von der Judikatur bestätigt. Cour de Cassation, vom 13.2.1963, in DALLOZ 1963, sommaires, p. 95: "S' il y a fusion véritable entre deux sociétés préexistantes pour constituer une société nouvelle unique, celle-ci devient l'ayant cause à titre universel des sociétés absorbées, tenue de toutes les obligations de ces dernières".

65) BASTIAN, aaO., Fasc. 164¹, n° 19, p. 5.

Da zudem die Aktionäre dieser Gesellschaft infolge der Verschmelzung Aktionäre der neuen oder aufnehmenden S.A. werden, läßt sich mit Recht von einer "mittelbaren" Fortsetzung der erloschenen Gesellschaft in einem größeren Rahmen sprechen ⁶⁶⁾.

Im Effekt nicht anders ist die Lage nach belgischem Recht.

Die Übertragende Gesellschaft bringt ihr gesamtes Vermögen als Sacheinlage in die neu zu gründende oder bereits bestehende, aufnehmende Gesellschaft ein. Dieser Vorgang führt zu einer Verschmelzung der "masses sociales " ⁶⁷⁾, nicht aber zu einer "fusion des êtres moraux". Unter "masse sociale" ist das Unternehmen als solches zu verstehen.

In die Rechte und Pflichten der Übertragenden Gesellschaft tritt die aufnehmende oder neue S.A. in vollem Umfang ein. Es wird fingiert, daß die Übertragende Gesellschaft innerhalb der aufnehmenden S.A. als einer größeren, weiter existierenden juristischen Einheit fortgeführt wird ⁶⁸⁾.

Eine ähnliche Fiktion findet sich nur noch im Erbrecht; dort wird der Erblasser als in seinem Erben "weiterlebend" gedacht.

Von dieser Fiktion ausgehend ist es nur folgerichtig, wenn der Vermögensübergang von der Übertragenden Gesellschaft auf die aufnehmende oder neue S.A. als eine "transmission à titre universel", welche der Gesamt-

66) Vgl. VERDIER, op. cit., p. 217.

67) WAUWERMANS, op. cit., n° 923, p. 568.

68) VAN RYN, op. cit., tome I, n° 857, p. 510;
FREDERICQ, op. cit., tome V, p. 1036: "...la société absorbante continue en quelque sorte la société absorbée aux droits et obligations".

rechtsnachfolge des Erben entspricht, angesehen wird⁶⁹⁾. Die Übertragung des Vermögens auf die neue oder aufnehmende S.A. umfaßt die Aktiva und die Passiva der übertragenden Gesellschaft in ihrer Gesamtheit, was im Unterschied zu einer bloßen "cessation" den Fortbestand der S.A. verhindert⁷⁰⁾.

Damit eine Fusion, nicht aber eine Umgründung erfolgt, darf das von der übertragenden Gesellschaft eingebrachte Vermögen nicht die einzige Einlage der neuen oder aufnehmenden S.A. sein. Das ist auch schon deshalb nicht der Fall, weil bei der Fusion durch Neugründung mindestens zwei S.A. Einlagen erbringen müssen, bei der Fusion durch Aufnahme die aufnehmende S.A. ohnedies noch über andere Einlagen verfügt.

Im Hinblick auf die Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion von S.A. macht auch das luxemburgische Aktienrecht keine Ausnahme.

Die Vermögensübertragung von der übertragenden Gesellschaft auf die neue oder aufnehmende S.A. vollzieht sich "uno actu", denn die aufnehmende S.A. tritt mit dem Wirksamwerden der Fusion automatisch in alle Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft ein. Die Schuldnersubstitution "ex voluntate legis"⁷¹⁾, die in art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 normiert ist, hat zugleich die Frage nach der Art der Vermögensübertragung zu Gunsten der "transmission à titre universel" beantwortet.

69) RENAULD, aaO., p. 70 ff., bekämpft die Auffassung von der "transmission à titre universel" und betrachtet die Vermögensübertragung als eine "cessation d'une universalité". Diese müßte jedoch eine "cessation des dettes" umfassen, welcher die Gläubiger zustimmen müßten. Diese Konsequenz zieht der Autor aber gerade nicht. Daher ist VAN RYN, op. cit., tome I, n° 852, p. 508 beizupflichten, der die Regeln über die "cessation" ausschließt.

70) RESTEAU, op. cit., tome V, n°2374, p. 109.

71) METZLER, in "Mélanges de droit Luxembourgeois", 1949, p. 52.

Insofern besteht ein Unterschied zum belgischen Recht, das diese Feststellung im Gesetz selbst nicht trifft; vielmehr ist der Grundsatz der "transmission à titre universel" bei der Fusion von S.A. in Belgien von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelt worden. Trotz der gesetzlichen Regelung der Fusion in Italien ergibt sich der Modus der Rechtsnachfolge nicht unmittelbar aus dem Gesetz.

Der Vermögensübergang von der übertragenden auf die aufnehmende Gesellschaft vollzieht sich nicht im Wege der Einzelübertragung, sondern als "successione a titolo universale nei debiti e nei crediti" 72).

Da die Universalsukzession dem Erbrecht entstammt, hat man versucht, die Verschmelzung als "successione mortis causa" 73) oder gar als "Erbfall der juristischen Person" zu deuten.

Tatsächlich ist die Universalsukzession bei der Verschmelzung von S.p.A. nicht Konsequenz, sondern Voraussetzung der Fusion. Es handelt sich also um eine "successione tra vivi" 74).

Für das deutsche Recht hat § 233 in Verbindung mit § 240 III, Satz 1 AktG den Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge bei der Verschmelzung normiert. Vertraglich kann die Gesamtrechtsnachfolge nicht vereinbart werden 75).

72) MESSINEO, op. cit., vol. III. aaO., n° 16, p. 558. Im übrigen völlig herrschende Ansicht, vgl. MOSSA, op. cit., vol. IV, p. 586; Corte di Cassazione, vom 3.II.1961 und vom 29.VIII.1963, oben zitiert.

73) GASPARONI, aaO., p. 249 steht mit dieser Ansicht allein.

74) FERRI in Foro it. 1949 I 615, 616. Ebenso auch GRAZIANI, op. cit., n° 151, p. 522.

75) Vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 35 zu § 240.

Jede der übertragenden Gesellschaften muß, vom Zeitpunkt der Eintragung der neu gegründeten AG an rückgerechnet, mindestens zwei Jahre in der Rechtsform einer AG bestanden haben. Die Vorschrift des § 247 II entspricht dem § 236 AktG bei der Verschmelzung durch Aufnahme. Wenn keine der übertragenden Gesellschaften die Voraussetzungen des § 247 II AktG erfüllt, so ist eine Verschmelzung durch Neubildung unzulässig ⁷⁶⁾.

Zur Vereinigung dieser Gesellschaften bedarf es einer Neugründung im Wege der Einbringung von Sacheinlagen, wobei ausschließlich Einzelrechtsnachfolge eintritt und die ordnungsgemäße Abwicklung der übertragenden Gesellschaften nicht umgangen werden kann.

Zur Empfangnahme der an ihre Aktionäre von der neuen AG auszugebenden Aktien haben die übertragenden Gesellschaften entweder jeweils einen oder einen gemeinsamen Treuhänder zu bestellen.

Nur das holländische Aktienrecht läßt bei der Fusion von N.V. eine Gesamtrechtsnachfolge nicht zu.

An dieser Tatsache, der eine geplante gesetzliche Regelung ein Ende bereiten soll, konnte bisher auch die Rechtslehre nicht vorbeigehen. Der Vermögensübergang von der übertragenden Gesellschaft auf die neue oder aufnehmende N.V. vollzieht sich daher in einer Vielzahl von Einzelrechtsübertragungen ⁷⁷⁾. Aus diesem

76) Vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 247 und BÖTTCHER-MEILICKE, § 247, Anm. 6 und Anm. 7.

77) Wegen der fehlenden Gesamtrechtsnachfolge müssen sämtliche Rechte und Pflichten von der übertragenden Gesellschaft auf die neue oder aufnehmende N.V. im Wege der Einzelübertragung übergehen. Aus diesem Grunde läßt sich auch die förmliche Liquidation der übertragenden Gesellschaft nicht umgehen. Vgl. hierzu auch SANDERS, aaO., p. 3.

Grunde gestaltet sich das Verfahren bei der Durchführung der Fusion im Vergleich zu anderen Rechten besonders schwerfällig ⁷⁸⁾.

Auch die Frage der Auflösung und Liquidation der übertragenden Gesellschaften ist in den einzelnen Rechten unterschiedlich gelöst.

Zum Fusionsbegriff nach französischem Recht gehört die durch die Vermögensübertragung bedingte "dissolution" der übertragenden Gesellschaft.

An die Auflösung schließt sich eine Liquidation an, welche die Übertragung des Vermögens von der aufgelösten auf die aufnehmende Gesellschaft und die Zuteilung der "neuen" Aktien zum Gegenstand hat ⁷⁹⁾.

Von einer Liquidation im juristisch-technischen Sinne kann keine Rede sein, da eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder des Erlöses aus dessen "Ver Silberung" nicht stattfindet ⁸⁰⁾.

Nach den Aktienrechten Belgiens, Luxemburgs und Hollands ist die formelle Auflösung der übertragenden Gesellschaft ebenfalls erforderlich.

Wenn die übertragende Gesellschaft nach belgischem Recht ihre gesamten Aktiva und Passiva in Gestalt einer Sacheinlage in die neue oder aufnehmende S.A. eingebracht hat, hört sie damit zugleich auf, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Die Auflösung ist also durch die Vermögensübertragung bedingt. Eine Ablösung ihrer Verbindlichkeiten im Rahmen der sich anschließenden Liquidation ist der übertragenden Gesell-

78) Vgl. VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 108; JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 5.3, S.10.

79) Vgl. RIPERT, op. cit., tome I, n° 1419, p. 669.

80) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 766, p.890.

schaft dann aber nicht mehr möglich. Würde sie dagegen erst im Stadium der Liquidation, also nach ihrer Auflösung, ihr Vermögen übertragen, so müßte art. 182 L.G. eingreifen, der die vorrangige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verlangt.

Abgesehen davon, daß die Auflösung der übertragenden Gesellschaft in diesem Fall nicht mehr durch die Vermögensübertragung bedingt wäre, könnte das zu übertragende Vermögen im ungünstigsten Fall sich nur noch aus den Aktiva zusammensetzen, die nach der Abwicklung übrig geblieben sind. Eine solche Lage würde jedoch in aller Regel den wirtschaftlichen Erfolg der Fusion gefährden.

Aus dem art. 148bis des Gesetzes vom 10.VII.1915 ergibt sich für Luxemburg, daß die Vermögensübertragung sämtliche Aktiva und Passiva umfaßt und daher die Auflösung der übertragenden Gesellschaft zur Folge hat.

Das holländische Recht fordert die strikte Einhaltung der Vorschriften über die Liquidation und verneint die Möglichkeit der Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion. Daher muß sich die übertragende Gesellschaft zunächst auflösen und kann ihr Vermögen erst im Stadium der Abwicklung in die neue oder aufnehmende N.V. einbringen.

Im Gegensatz dazu steht die Regelung des italienischen Rechts. Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft, also sämtliche Aktiva und Passiva, wird als Sacheinlage in die neue oder aufnehmende S.p.A. eingebracht. Nach heute geltendem Recht ⁸¹⁾ braucht die übertragende Gesellschaft zu diesem Zweck nicht aufgelöst zu werden;

81) Nach art. 189 Codice di Commercio war die formelle Auflösung bei der Fusion unvermeidbar.

ebensowenig bedarf es einer förmlichen Liquidation. Denn in dem Augenblick, in dem ihre gesamten Rechte und Pflichten auf eine andere juristische Person übergehen, verliert die Übertragende Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit, weil deren Grundlagen nunmehr weggefallen sind ⁸²⁾.

Das Aktiengesetz von 1937 sieht eine formelle Auflösung der Übertragenden Gesellschaft nicht vor. Ist sie jedoch schon aufgelöst, so kann eine AG noch so lange ihr Vermögen übertragen als ihre Fortsetzung noch beschlossen werden kann, mit der Abwicklung also noch nicht begonnen worden ist ⁸³⁾. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erlischt die Übertragende Gesellschaft von selbst. Eine Liquidation ist durch § 233 AktG ausdrücklich ausgeschlossen.

82) Corte di Cassazione, vom 29.VIII.1963, in Foro it. 1963 I 1615, 1618: "L'elemento dominante nella costruzione dell'istituto della fusione è quello dell'estinzione delle società incorporata o fuse"; ebenso FIORENTINO, aaO., p. 648.

83) Vgl. hierzu SCHILLING, Großkommentar, Anm. 10 zu § 233 AktG und § 327 II Reg.E.

4. Die Begriffsbestimmung der Fusion.

Aus den so herausgearbeiteten Einzelmerkmalen soll nun eine Begriffsbestimmung gewonnen werden, die sowohl auf die Verschmelzung durch Aufnahme als auch auf die Fusion durch Neubildung angewendet werden kann.

Für das französische Recht und die von ihm stark beeinflussten Aktienrechte Belgiens und Luxemburgs ergibt sich folgende Definition:

Die Fusion ist die Vereinigung zweier oder mehrerer S.A. zu einer einzigen Gesellschaft, die entweder bereits bestanden hat oder zum Zweck der Verschmelzung neu gegründet worden ist. Das gesamte Vermögen (Aktiva und Passiva) der Übertragenden Gesellschaften, das als Sacheinlage eingebracht wird, geht im Wege der "transmission à titre universel" auf die aufnehmende oder neue Gesellschaft über. Diese beteiligt als Gegenleistung für diese Sacheinlage die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft durch die Gewährung von Aktien. Die Übertragende Gesellschaft wird, bedingt durch den Vermögensübergang, aufgelöst, geht in Liquidation und erlischt⁸⁴⁾.

84) MOREAU, op. cit., n° 779, p. 991. Diese Ansicht wurde bestätigt von der Cour de Cassation, v. 28.I.1946, in DALLOZ, Jurisprudence 1946, p. 168.

HOUPIN, "De la situation des actionnaires...", in Journal des Sociétés 1933, p. 449/450: "La fusion est, en second lieu, réalisable, par l'annexion d'une ou plusieurs sociétés, qui se dissolvent, à une société déjà constituée et qui continue d'exister au moyen de l'apport de leur actif, par les sociétés annexées, contre l'attribution d'actions de la société annexante créées à titre d'augmentation du capital de cette société".

VAN RYN, op. cit., tome I, n° 852, p. 507 und n° 857, p. 510.

WEBER, "La fusion des sociétés au Grand-Duché de Luxembourg", in "Colloques...", 1961, p. 103 bezeichnet den Vorgang als "reprise de l'intégralité de la situation active et passive d'une ou de plusieurs S.A. par une autre société (nouvellement créée ou préexistante) qui seule conserve sa personnalité".

Es ist daher nichts weiter als eine mißbräuchliche Verwendung des juristischen Fusionsbegriffes, wenn man den Erwerb einer Aktienmajorität oder gar sämtlicher Aktien einer S.A. durch eine andere S.A. als Verschmelzung bezeichnet ⁸⁵⁾.

Nach holländischem Recht versteht man unter Fusion die Vereinigung mindestens zweier Aktiengesellschaften, von denen sich die eine auflöst und im Stadium der Liquidation ihr gesamtes Vermögen in Form einer Sacheinlage in die aufnehmende oder neue N.V. einbringt. Im Gegensatz zu den übrigen Aktienrechten der EWG tritt aber keine Universalsukzession, sondern Einzelrechtsnachfolge ein.

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden nach einem im Fusionsvertrag festgesetzten Umtauschverhältnis als Anteilseigner an der aufnehmenden N.V. beteiligt, welche zu diesem Zweck entweder ihr Stammkapital entsprechend erhöht oder über bereits geschaffenes (genehmigtes) Kapital in genügendem Maße verfügt. Bei der Fusion durch Neugründung gewährt die infolge der Verschmelzung entstandene N.V. als Gegenleistung für die erbrachten Sacheinlagen den Anteilseignern der übertragenden Gesellschaft Aktien.

In art. 2501 Codice Civile ist lediglich von der Fusion als "unione" oder "incorporazione" die Rede. Eine Begriffsbestimmung findet sich im italienischen Gesetz nicht.

Die Fusion ist die "unificazione giuridica" ⁸⁶⁾ mindestens zweier S.p.A. in der Weise, daß das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaften im Wege der Universalsukzession auf die neue oder aufnehmende S.p.A. übergeht und die übertragende Gesellschaft ihre Existenz

85) Vgl. CHAMPAUD, op. cit., n^o 203, p. 173.

86) Vgl. MESSINEO, op. cit., vol. III, § 153, n^o 16, p. 558.

als Rechtssubjekt beendet⁸⁷⁾.

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften werden durch Gewährung von Aktien der neuen oder aufnehmenden S.p.A. deren Aktionäre.

Eine hinreichende Legaldefinition der Verschmelzung gibt auch das deutsche Aktiengesetz von 1937 nicht. Aus den §§ 233, 240 und 247 AktG läßt sich jedoch die Fusion nach deutschem Recht folgendermaßen bestimmen: Verschmelzung ist die Vereinigung wenigstens zweier AGen unter Ausschluß der Abwicklung. Die übertragenden Gesellschaften bringen ihr gesamtes Vermögen "uno actu" als Sacheinlage in die aufnehmende oder zum Zweck der Verschmelzung neugebildete AG ein, welche im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Trägerin sämtlicher Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft wird. Letztere löst sich mit dem Eintritt der Fusionswirkungen auf und verliert durch ihr gleichzeitiges Erlöschen ihre eigene Rechtspersönlichkeit.

Als Gegenleistung für die von der übertragenden Gesellschaft erbrachte Sacheinlage gewährt die aufnehmende oder neu gebildete AG den Anteilseignern der aufgelösten Gesellschaft nach Maßgabe ihrer Kapitalbeteiligung und im Rahmen des durch den Verschmelzungsvertrag festgelegten Umtauschverhältnisses Aktien, durch welche die "alten" Mitgliedschaftsrechte fortgesetzt werden⁸⁸⁾.

Diese Begriffsbestimmung hat in gleichem Maße für die Verschmelzung durch Aufnahme wie für die Fusion durch Neubildung Gültigkeit.

87) Im Unterschied zur Fusion bleibt bei einer "cessione di azienda" oder "unificazione amministrativa" die Rechtspersönlichkeit erhalten.

88) SCHILLING, "DIE AKTIENGESELLSCHAFT", 1958, S.229. Das Reichsgericht hat bereits in RGZ, 124, 279 (303) die Gewährung von Aktien durch die aufnehmende AG als Gegenleistung für die von der übertragenden Gesellschaft erbrachte Sacheinlage bezeichnet.

§ 3. DIE VORBEREITENDE PHASE DER FUSION.

Die Initiative zur Fusion geht von den Verwaltungen der beteiligten Aktiengesellschaften aus. Naturgemäß übersehen die Exekutivorgane der Gesellschaften die entscheidenden wirtschaftlichen Vorteile einer solchen Operation am klarsten.

Daher beginnt die eigentliche Vorbereitung der Fusion erst, wenn sich auf Grund der meist mit großer Diskretion geführten ersten Kontaktaufnahme die grundsätzliche Bereitwilligkeit der beteiligten Gesellschaften zur Verschmelzung feststellt.

I. Die Vermögensbewertung.

Nach den nationalen Aktienrechten aller Staaten des Gemeinsamen Marktes muß das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaften in Gestalt einer Sacheinlage in die neue oder aufnehmende AG eingebracht werden. Bei der Fusion durch Neubildung bestimmt sich das Grundkapital der neuen AG nach der Differenz des Wertes der Aktiva und der bei dem Vermögensübergang noch vorhandenen Passiva der übertragenden Gesellschaften. Nach dem gleichen Subtraktionsverfahren läßt sich der Umfang der bei der Verschmelzung durch Aufnahme üblicherweise vorzunehmenden Kapitalaufstockung der aufnehmenden AG berechnen.

Zum Zwecke der Fusion stellen die übertragenden Gesellschaften daher eine Bilanz auf.

Nach französischem Recht geht die Fusionsbilanz üblicherweise von der letzten Jahresertragsbilanz aus, enthält jedoch eine sehr viel detailliertere Aufstellung der einzelnen Bestandteile des Vermögens der übertragenden Gesellschaften ⁸⁹⁾.

89) BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 6, p. 3.

Die Aufschlüsselung der einzelnen Vermögenspositionen erhält besondere Bedeutung mit Rücksicht auf die stillen Reserven, die in der Jahresbilanz nicht ausgewiesen sind 90).

Diese Fusionsbilanz ist die Grundlage für die weitere Verhandlung über die einzelnen Modalitäten der geplanten Verschmelzung.

In Belgien, Luxemburg und Holland sind hinsichtlich der Fusionsbilanz der übertragenden Gesellschaft Unterschiede zu der französischen Auffassung nicht erkennbar. Die herangezogene Literatur begnügt sich insoweit mit dem Hinweis, daß eine Bilanz der übertragenden Gesellschaft aufzustellen ist.

Da sich aber nur in der oben geschilderten Weise ein einigermaßen genaues Bild von den Vermögensverhältnissen der übertragenden Gesellschaften gewinnen läßt, kann auch hier sinnvollerweise nur von einer Vermögens-, nicht aber von einer Ertragsbilanz gesprochen werden.

Die Richtigkeit dieser Auffassung steht für das italienische Aktienrecht außer Frage.

In art. 2502 Codice Civile wird für die übertragende Gesellschaft eine Darstellung der "situazione patrimoniale" gefordert. Daß dies nur mit Hilfe einer Bilanz geschehen kann, ist in Lehre und Rechtsprechung unstreitig 91).

Es erscheint auch durchaus folgerichtig, daß diese Bilanz den Anforderungen des art. 2425 Codice Civile genügen muß 92).

90) Vgl. hierzu HOUFIN, "De l'apport à titre de fusion" in Journ.Soc. 1935, p. 529, 532.

91) GUERRA, aaO., p. 96; GRAZIANI, op. cit., n° 154, p. 526 spricht von "bilancio straordinaria". MESSINEO, op. cit., vol. III, aaO., n° 16, p. 558 scheint dies für selbstverständlich zu halten, denn er macht zwischen der Feststellung der "situazione patrimoniale" und einer Bilanz keinen Unterschied. Ganz eindeutig Corte di Cassazione vom 10.X.1955, oben zitiert.

92) So ausdrücklich Corte di Cassazione vom 10.X.1955.

Die dort aufgestellten Grundsätze können im vorliegenden Fall indessen nur als Mindestanforderungen angesehen werden und lassen nicht den Schluß zu, daß es sich bei der Fusionsbilanz um eine Gewinnfeststellungsbilanz handelt. Andernfalls wäre es nicht verständlich, wie der Corte di Cassazione in der bereits zitierten Entscheidung vom 10.X.1955 für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft "precisa conoscenza della situazione patrimoniale" verlangen könnte, die doch nur auf Grund einer Vermögensbilanz erworben werden kann, welche auch die stillen Reserven offenlegt.

Das Aktiengesetz von 1937 sieht in § 239 III für die übertragende Gesellschaft die Aufstellung einer Schlußbilanz vor.

Die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung⁹³⁾ geht dahin, daß die Bewertungsvorschriften des § 133 AktG hierauf angewendet werden müßten und es sich daher um eine Vermögensbilanz der übertragenden Gesellschaft handle.

Der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt diese Annahme. Daher ist die Schlußbilanz in dieser Form auch nicht für das Umtauschverhältnis der Aktien maßgebend⁹⁴⁾.

Die Schlußbilanz kann also auch nach Abschluß des Verschmelzungsvertrages errichtet werden und dient dann in der Hauptsache der Information des Registerrichters, der über die Eintragung entscheidet⁹⁵⁾.

Die Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft kann also erst die Grundlage für die Berechnung des Umtauschverhältnisses abgeben und eine realistische Bewertung des zu übertragenden Vermögens widerspiegeln, wenn sie

93) Siehe hierzu SCHILLING, aaO., Anm. 11 zu § 239.

94) BÖTTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 18; vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 6 zu § 239.

95) Vgl. auch RGZ, 127, 154 (156).

Auskunft über die Zusammensetzung der stillen Reserven gibt. Ist das aber der Fall, so liegt eine Vermögens-, nicht aber eine Gewinnfeststellungsbilanz vor, die auch als Verschmelzungsbilanz bezeichnet wird ⁹⁶⁾.

Der Zeitpunkt, auf den sich die Schlußbilanz bezieht, ist im Zweifel derjenige, bis zu welchem die übertragende Gesellschaft für eigene Rechnung arbeitet ⁹⁷⁾.

Eine Prüfung der Schlußbilanz durch besonders bestellte Prüfer ist nicht vorgesehen, soll aber durch § 333 III Reg.E. gesetzlich verankert werden ⁹⁸⁾.

Keinesfalls darf aber der Stichtag der Schlußbilanz gemäß § 239 III AktG mehr als sechs Monate vor der Anmeldung der Eintragung der Fusion liegen.

Die übrigen Aktienrechte der EWG-Staaten kennen eine derartige Vorschrift nicht. Hier wird üblicherweise ein Zeitpunkt angenommen, der entweder das Ende eines Geschäftsjahres der übertragenden Gesellschaft bezeichnet oder ein Termin, auf den der Abschluß des Fusionsvertrages zurückdatiert wird.

Ein Beispiel für die Art der Vermögensbewertung zwischen den an einer Fusion beteiligten Gesellschaften, die grundsätzlich für alle hier erörterten Aktienrechte maßgebend sein kann, soll an Hand des französischen Rechts dargestellt werden.

Für interessierte Außenstehende - und das sind in erster Linie die Aktionäre - bietet sich nur dann die Möglichkeit einer zuverlässigen Beurteilung, wenn die Vermögensbewertung bei allen fusionierenden Gesellschaften nach den gleichen Prinzipien vorgenommen wird.

96) So SCHILLING, Großkommentar, Anm. 11 zu § 239.

97) BÖTTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 22.

98) Vgl. im übrigen v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 239, Anm. 4.
Ausführlich SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 12 bis 15 zu § 239.

Der Wert der Aktiva einer S.A. ist ein "ensemble complexe dont la valeur globale ne peut être considérée à priori comme la simple addition des valeurs individuels de chacun des biens qui le composent". 99)

Der mathematische Wert und der Geschäftswert weichen naturgemäß voneinander ab, denn das sogenannte "comportement de l'affaire" wird von den Faktoren bestimmt, welche aus den Büchern einer S.A. in der Regel nicht hervorgehen.

Die bilanztechnisch nicht erfaßbare Differenz zwischen dem effektiven Wert und dem Geschäftswert oder gar dem Buchwert entzieht sich einer völlig objektiven Bestimmbarkeit. Die tatsächlich vorhandenen Unterschiede können daher nur subjektiv eingeschätzt werden 100).

Zu den Elementen, welche das "comportement de l'affaire" ausmachen, gehören Ansehen und Kreditwürdigkeit des Unternehmens, seine Kundschaft, die Konkurrenzfähigkeit seiner Produkte sowie ihr Marktanteil und anderes mehr. Die relativ sicherste Methode, mit der sich das Vermögen einer S.A. bewerten läßt, besteht darin, daß man drei von der Aktie unmittelbar abgeleitete Werte zu einander in Beziehung setzt. Eine ausführliche Erörterung dieses Verfahrens erscheint an dieser Stelle entbehrlich 101).

Nur der Vorgang in seiner Grundform soll kurz angedeutet werden.

99) PINOTEAU, "L'évaluation des entreprises en cas de fusion", in Gaz.Pal. 1959, I, "Doctrines", p. 70 ff.

100) Derselbe, aaO., p. 70 stellt fest: "Il faut, avant tout faire, prévaloir dans ce domaine l'esprit de finesse sur l'esprit mathématique en évitant soigneusement tout dogmatisme superflu".

101) Es sei an dieser Stelle verwiesen auf: RETAIL, "Etude de la parité des titres en matière de fusion", in Journal des Sociétés 1954, p. 257 ff.; derselbe, "Fusions des Sociétés", 1957.

Drei Faktoren, der Realwert der Aktie a , der Liquidationswert l (valeur liquidative) und der Ertragswert r (valeur de rendement) werden zu folgender Formel :

$$a = \frac{l + r}{2}$$

verbunden.

Der Realwert der Aktie besteht also aus der halben Summe von Liquidations- und Ertragswert.

Dabei läßt sich l nur im Wege einer peinlich genauen Wertberechnung ermitteln, r dagegen ergibt sich aus dem arithmetischen Mittel der Renditen der letzten Geschäftsjahre (drei bis fünf Jahre) der Gesellschaft. Wenn die Aktien der Gesellschaft an der Börse notiert werden, so wird obige Formel um denjenigen Börsenkurswert (valeur de cours)_(c) ergänzt, der dem Tag der Fusion am nächsten liegt :

$$a = \frac{\frac{l + r}{2} + c}{2} ; \quad a = \frac{1}{2} \left(\frac{l + r}{2} + c \right) \quad 102)$$

Durch den Vergleich der so gewonnenen Realwerte der Aktien läßt sich das Umtauschverhältnis bestimmen, nach welchem den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft Anteile der aufnehmenden S.A. zugeteilt werden.

Es kommt allerdings auch vor, daß das Umtauschverhältnis auf Grund von vereinbarten Schätzwerten, die sich aus der "discordance entre les évaluations retenues et les valeurs comptables" ergibt ¹⁰³⁾, herauf- oder herabgesetzt wird.

102) PINOTEAU, op. cit., p. 72 bemerkt hierzu: "Toute-fois l'expérience prouve qu'une étude bien faite en considération d'une analyse approfondie de tous les éléments concernant la vie de l'affaire, constitue un moyen d'arriver à une approximation et à un ordre de grandeur satisfaisant de la valeur de l'entreprise si quelque événement imprévu et imprévisible ne vient pas tout remettre en question".

103) PINOTEAU, op. cit., p. 72.

Immerhin besteht für den einzelnen Aktionär die Möglichkeit, sich eine Vorstellung von der Bedeutung der Verschmelzung für die S.A., an welcher er beteiligt ist, zu machen, sofern ihm die entsprechenden Werte zugänglich sind.

Wieweit diese Informationsmöglichkeit über die Bewertung der aufnehmenden S.A. auch den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft offensteht, hängt im Einzelfall von der Publizitätsbereitschaft der aufnehmenden S.A. ab. Die Verwaltung der übertragenden Gesellschaft informiert ihre Aktionäre über die entscheidenden Details der Fusion, während die Anteilseigner der aufnehmenden S.A. sich zusätzlich anhand des Prüfungsberichtes der "commissaires vérificateurs" über die Lage der übertragenden Gesellschaft unterrichten und ihre Entscheidung in der HV vorbereiten können ¹⁰⁴⁾.

II. Das Umtauschverhältnis.

Dem Fusionsbegriff nach den Aktienrechten aller Mitgliedstaaten der EWG ist das Wesenselement gemeinsam, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften durch Gewährung von Aktien an der aufnehmenden oder neuen AG kapitalmäßig beteiligt werden. Die Frage nach dem Umfang dieser Kapitalbeteiligung stellt sich daher in allen Rechten in gleicher Weise und läßt sich einheitlich beantworten.

104) Ein Vorschlag der ANSA an die Reformkommission der Nationalversammlung, alle Aktionäre der an der Fusion beteiligten S.A. in gleicher Weise zu informieren, ist nicht in den Entwurf des neuen französischen Aktienrechts aufgenommen worden. Im übrigen siehe auch BASTIAN, aaO., Fasc. 154², n° 149, p. 26.

1. Das Umtauschverhältnis bei der Fusion durch Neubildung.

Das Grundkapital der infolge der Fusion entstandenen neuen AG setzt sich aus der Summe der von den übertragenden Gesellschaften eingebrachten Aktiva, vermindert um die Summe der Passiva, zusammen.

Da das Grundkapital durch Aktien repräsentiert werden muß, entfällt auf die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft eine Anzahl von Aktien, die dem Wert der eingebrachten Sacheinlage entspricht.

Die Beteiligungsquote des einzelnen Aktionärs an der neuen AG richtet sich nach dem Wert der von ihm gehaltenen Aktien der übertragenden Gesellschaft.

In seiner einfachsten Form soll dieser Beteiligungsmaßstab an folgendem Beispiel gezeigt werden :

Bei einem Nennwert von 100 für alle Aktien der neuen AG betrage deren Grundkapital eine Million. Von diesem Kapital sollen 60 % von der X-AG und 40 % von der Y-AG aufgebracht worden sein. Der Einfachheit halber sollen Nennwert und Realwert der Aktien von X und Y jeweils identisch sein und ebenfalls einen Wert von 100 haben. Für fünf Aktien der X-AG erhalten deren Aktionäre dann auf Grund der Fusion drei Aktien der neuen Gesellschaft. Für die Aktionäre von X beträgt somit das Umtauschverhältnis 5:3, für die Aktionäre von Y 5:2.

In der Praxis gestaltet sich die Berechnung des Umtauschverhältnisses zwar in aller Regel schwieriger, läßt sich aber immer auf die beschriebene Grundfigur zurückführen.

2. Das Umtauschverhältnis bei der Verschmelzung durch Aufnahme.

Da die Verschmelzung durch Aufnahme die weitaus häufigere Form der Fusion ist, soll in diesem Zusammenhang, wiederum am Beispiel des französischen Rechts, das in-

soweit stellvertretend für die übrigen Aktienrechte stehen kann ¹⁰⁵⁾, der Modellfall für die Berechnung des Umtauschverhältnisses gezeigt werden.

Die übertragende Gesellschaft bringt ihr Vermögen in Gestalt einer Sacheinlage in die aufnehmende S.A. ein und löst sich auf. Ihre Aktionäre werden entsprechend dem im Fusionsvertrag festgelegten Umtauschverhältnis Anteilseigner der aufnehmenden S.A.

Daher müssen bei dieser im Regelfall neue Aktien geschaffen werden, was im Wege einer Kapitalerhöhung geschieht.

Die Anzahl der von der aufnehmenden S.A. umlaufenden Aktien und ihr Nominalwert ist bekannt. Wenn nun die Fusionsbilanz erstellt ist und der so gewonnene Wert der Aktiva durch die Anzahl der in Umlauf befindlichen Aktien dividiert wird, so ergibt sich der Realwert des einzelnen Anteils.

An dieser Stelle zeigt sich nun, daß auch bei der aufnehmenden Gesellschaft eine Bewertung des Vermögens notwendig wird, wenn man zu einem, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Realwert der Aktien der aufnehmenden Gesellschaft und damit zu einem angemessenen Umtauschverhältnis kommen will.

Man kann das Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft durch Sachverständige bewerten lassen, wie das nach der Praxis in Deutschland üblich ist ¹⁰⁶⁾. Allerdings enthält § 236 AktG nur den Hinweis auf die sinnngemäße Anwendung der Vorschriften über die Nachgründung. Diese Vorschrift deutet jedoch auf die Intention des Gesetzgebers hin, daß die größte Gewähr für eine gerechte

105) Dies Argument erscheint deshalb gerechtfertigt, weil es sich hier um rein "technische" Vorgänge handelt. Unterschiede könnten sich nur dann ergeben, wenn in einzelnen Aktienrechten besondere Regelungen für Einzelheiten der Berechnung getroffen wären, die zu differierenden Konsequenzen führen müßten. Dafür lassen sich indessen keine Anhaltspunkte erkennen.

106) Vgl. BÜTTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 18.

Wertrelation zwischen der eingebrachten Sacheinlage und den dafür auszugebenden Aktien nur erreicht wird, wenn das Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft einer Bewertung durch Sachverständige, e.g. Wirtschaftsprüfer, unterzogen wird. Diese stellen zumeist eine sogenannte Zeitwertbilanz ¹⁰⁷⁾ auf, die praktisch einer Abwicklungsbilanz gleichkommt.

Oder die aufnehmende Gesellschaft bilanziert selbst und liefert so die notwendigen Voraussetzungen für eine korrekte Berechnung des Realwertes. Von dieser Auffassung dürfte der italienische Gesetzgeber ausgegangen sein; denn art. 2502 Codice Civile, der die Darstellung der "situazione patrimoniale" verlangt, ist auch auf die aufnehmende S.p.A. anzuwenden. Insoweit gelten die im Zusammenhang mit der Vermögensbewertung der übertragenden Gesellschaft dargestellten Grundsätze, nach denen es sich bei dieser Bilanz um eine Vermögensbilanz handeln muß.

Anhand des Wertes der von der übertragenden Gesellschaft erbrachten Einlage läßt sich die Größenordnung der bei der aufnehmenden S.A. erforderlichen Kapitalerhöhung ermitteln. Die Stückelung der auszugebenden neuen Aktien ist zumeist schon im Fusionsvertrag niedergelegt. Eine Identität von Real- und Nennwert der von der aufnehmenden S.A. neugeschaffenen Aktien, welche eine Emission zu pari zur Folge haben müßte, kommt praktisch kaum vor.

Daher lassen sich zwei Möglichkeiten denken. Entweder der Realwert übersteigt den Nennwert. Das ist der Normalfall. Kaum praktisch wird der Fall, in dem der Realwert unter den Nennwert gesunken ist.

107) Hierzu ausführlich BÖTTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 19.

a. Der Realwert ist höher als der Nennwert.

Dieser Fall bildet bei der aufnehmenden S.A. die Regel. Zur Verdeutlichung des Bewertungsvorganges mag folgendes Beispiel dienen ¹⁰⁸⁾:

Das Kapital der aufnehmenden Gesellschaft A von 10 Millionen sei in zehntausend Aktien zu je 1000 ffrs. gestückelt. Das Nettovermögen von A soll 30 Millionen betragen, das Aktienkapital also um 20 Millionen übersteigen. Der Realwert einer Aktie von A beträgt daher 3000 ffrs.

Wird nun die Einlage der Übertragenden S.A. mit 15 Millionen bewertet so entspricht dies, am Nennwert von 1000 ffrs. gemessen, der Anzahl von 1500 Aktien.

Sobald man das Gesamtvermögen von 45 Millionen zu der Anzahl der Kapitalanteile (25000 Aktien zu je 1000 ffrs.) in Beziehung setzt, zeigt sich, daß der Realwert einer Aktie der aufnehmenden S.A. nach der Fusion nur noch 1800 ffrs. beträgt.

Das bedeutet, daß die alten Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft eine Werteinbuße von 1200 ffrs. pro Aktie erlitten haben, den ehemaligen Aktionären der aufgelösten Gesellschaft, welche durch die Fusion Anteilseigner der aufnehmenden Gesellschaft werden, ein Wert von 800 ffrs. pro Aktie zugewachsen ist.

Diese ungleiche Behandlung der Aktionäre läßt sich nur vermeiden, wenn man vom Realwert der Aktien der aufnehmenden S.A. ausgeht. Der Gegenwert für die von der Übertragenden Gesellschaft eingebrachte Sacheinlage besteht dann in fünftausend Stücken zu je 1000 ffrs. Damit wird das Nettovermögen der aufnehmenden Gesellschaft von nunmehr 45 Millionen in 15000 Anteile gestückelt, und jede Aktie im Nennwert von 1000 ffrs. besitzt einen Realwert von 3000 ffrs.

108) Das Beispiel findet sich bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n^o 143, p. 25.

Indessen entspricht die Kapitalerhöhung um 5 Millionen (5000 Aktien zu 1000 ffrs. Nennwert) bei der aufnehmenden S.A. nicht dem wirklichen Wert der von der übertragenden Gesellschaft erbrachten Sacheinlage. In der Bilanz der aufnehmenden S.A. muß daher auf der Passivseite ein Reserveposten in Höhe von 10 Millionen eingestellt werden, der als "prime de fusion" bezeichnet wird ¹⁰⁹).

b. Der Nennwert ist höher als der Realwert.

Dieser Fall läßt sich vorstellen, wenn ein Teil des Aktienkapitals der aufnehmenden S.A. bereits aufgezehrt ist.

Es erscheint einigermaßen unwahrscheinlich, daß eine S.A. mit einem derartigen Status als aufnehmende Gesellschaft an einer Fusion beteiligt ist. Immerhin ließe es sich denken, daß der Fall aus Konzerninteressen innerhalb einer Unternehmensgruppe praktisch wird.

Angenommen, das Kapital der aufnehmenden Gesellschaft A von 25 Millionen ist zu 20 % aufgezehrt. Bei einer Stückelung des Kapitals in funfundzwanzigtausend Aktien zu je 1000 ffrs. beträgt der Realwert eines Anteils demnach nur noch 800 ffrs.

Die von der übertragenden Gesellschaft geleistete Einlage soll wiederum einen Wert von 15 Millionen haben. Da die neuen Aktien der aufnehmenden S.A. nicht unter pari begeben werden dürfen ¹¹⁰), müssen bei einem Nennwert von 1000 ffrs. fünfzehntausend Stücke verteilt werden.

Das Nettovermögen der aufnehmenden Gesellschaft wird also nach der Fusion durch vierzigtausend Aktien zu je

109) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 766, p. 894. Bezüglich dieser "prime de fusion" genießen die alten und die neuen Aktionäre der aufnehmenden S.A. gleiche Rechte; vgl. auch BASTIAN, aaO., Fasc. 164^{bis}, n° 144, p. 25.

110) RIPERT, op. cit., tome I, n° 966, p. 475 mit eingehenden Hinweisen.

1000 ffrs. repräsentiert. Da das Nettovermögen aber nur 35 Millionen ausmacht, hat eine Aktie nur noch einen Wert von 875 ffrs.

Die infolge der Fusion neu hinzugekommenen Aktionäre verlieren somit pro Aktie 125 ffrs; die alten Aktionäre der aufnehmenden S.A. machen dagegen 75 ffrs. auf jede Aktie gut.

Um ein solch ungleiches Ergebnis zu verhindern, erscheint es angebracht, bei der aufnehmenden S.A. noch vor der Fusion eine entsprechende Kapitalherabsetzung vorzunehmen.

Wenn der wenig wahrscheinliche Fall eintritt, daß die Aktien der an der Fusion beteiligten Gesellschaften nach ihrem Realwert unter dem ausgewiesenen Nennwert bleiben, also unter pari notieren, so ist nach deutschem Recht eine Fusion durch Aufnahme nur möglich, wenn die aufnehmende AG zuvor ihr Kapital in entsprechendem Umfang herabsetzt und es dann zum Zwecke der Verschmelzung wieder erhöht. Andernfalls würde der auch bei der Verschmelzung geltende § 9 I AktG umgangen. Auch eine Fusion durch Neubildung wäre in diesem Falle möglich, wodurch eine Kapitalherabsetzung vermieden würde. Dies sind indessen Fragen der Zweckmäßigkeit und hängen vom Einzelfall ab.

Das Umtauschverhältnis soll den inneren Wert der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften widerspiegeln und sicherstellen, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, nicht nur dem Substanz-, sondern dem Geschäftswert ihres Unternehmens entsprechend, angemessen an dem Kapital der aufnehmenden AG beteiligt werden.

Dieser Grundsatz, der im deutschen Recht herrscht ¹¹¹⁾, gilt ebenso für die übrigen Rechte der Staaten des Gemeinsamen Marktes.

111) Näheres bei SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 3 zu § 235 mit Hinweisen auf die Literatur.
Vgl. auch RGZ, 167, 260 (262).

3. Die Aktienspitzen.

Es läßt sich in der Praxis häufig nicht vermeiden, daß infolge des Umtauschverhältnisses sogenannte Aktienspitzen entstehen, wenn nicht ausnahmsweise eine Relation von 1 : 1 vorliegt. Wenn Aktienspitzen entstanden sind, so bedeutet das, daß die Anteile von Aktionären der übertragenden Gesellschaft nicht in allen Fällen gänzlich in Aktien der aufnehmenden AG umgetauscht werden können.

In diesem Fall eröffnen sich den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zwei Möglichkeiten.

Entweder sie kaufen die ihnen fehlenden Aktien zu ihrem Besitz hinzu oder sie veräußern ihre "überzähligen" Anteile.

Eine andere Lösung ist ausgeschlossen, wenn der Grundsatz, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft als "Gegenleistung" bei der Fusion nur Kapitalanteile der aufnehmenden AG erhalten dürfen, streng eingehalten wird. Soweit ersichtlich, scheint diese Auffassung in Frankreich ¹¹²⁾, den BENELUX-Staaten und Italien auch keineswegs in Zweifel gezogen zu werden.

Bieten nun Aktionäre der übertragenden Gesellschaften Aktien zum Kauf an, weil sie zum Ausgleich ihrer Aktienspitzen keine weiteren Anteile an der übertragenden Gesellschaft erwerben wollen, so ist es entweder diese Gesellschaft selbst oder aber die aufnehmende S.A. oder aber Banken, welche diese Aktien aus verständlichen Gründen regelmäßig ankaufen. Denn andere Aktionäre, die zum Ausgleich ihrer Aktienspitzen oder aus sonstigen Gründen ihren Kapitalanteil an der übertragenden Gesellschaft zu vergrößern trachten, wissen dann genau, an wen sie sich wenden müssen.

112) Vgl. HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 765, 890.

Das Aktiengesetz dagegen hat den bei der Entstehung von Aktienspitzen auftretenden praktischen Bedürfnissen insoweit Rechnung getragen, als es die Spezialvorschrift des § 238 II AktG enthält. In Höhe von zehn Prozent des Gesamtnennbetrages der von der aufnehmenden AG zu gewährenden Aktien dürfen zum Ausgleich der Aktienspitzen an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Geldzahlungen geleistet werden.

Auch für die Verschmelzung durch Neubildung ist § 238 II AktG durch § 247 I AktG ausdrücklich für anwendbar erklärt worden. Damit können nach deutschem Recht 10 % des Grundkapitals der durch die Verschmelzung entstandenen AG zum Ausgleich von Aktienspitzen in Gestalt von Geldzahlungen verwendet werden ¹¹³⁾.

Immerhin soll bei der Feststellung des Umtauschverhältnisses darauf geachtet werden, daß nicht zuviele Aktienspitzen entstehen.

113) BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 A zu § 247.

§ 4. DIE PASSIVA DER ÜBERTRAGENDEN GESELLSCHAFT UND DER FUSIONSVERTRAG.

I. Die Behandlung der Passiva der Übertragenden Gesellschaft.

Der Fusionsbegriff in allen Staaten des Gemeinsamen Marktes umfaßt den Grundsatz, daß das Vermögen der Übertragenden Gesellschaft in seiner Gesamtheit, also mit Aktiva und Passiva, auf die neue oder aufnehmende Gesellschaft übergeht. Dennoch kann es sich als notwendig erweisen, daß die Übertragende Gesellschaft vor der Fusion ihre Passiva in bestimmter Weise regelt. Eine solche Situation kann sich dann ergeben, wenn das Interesse der Übertragenden Gesellschaft an der Fusion mit den Grundsätzen des Gläubigerschutzes kollidiert.

In Italien und Frankreich ist eine Regelung der Passiva der Übertragenden Gesellschaft vor der Verschmelzung in der Praxis unbekannt und auch in keiner Weise rechtlich geboten.

Das holländische Aktienrecht dagegen hat sich in dem erwähnten Interessenkonflikt für den Vorrang des Gläubigerschutzes entschieden. Dies hängt eng mit der Tatsache zusammen, daß eine Vermögensübertragung im Wege der Universalsukzession abgelehnt wird.

Daher ist der Vermögensübergang von der Übertragenden auf die neue oder aufnehmende N.V. nur auf Grund einer Kette von Einzelübertragungen möglich ¹¹⁴⁾.

Eine Übertragung des gesamten Vermögens der aufgelösten Gesellschaft, wie es sich bei Eintritt in die Liquidation darstellt, läßt sich nur dann verwirklichen, wenn jeder einzelne Gläubiger der Übertragung der ihm gegen-

114) Vgl. VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 108, sowie JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 5.3, S. 10.

über bestehenden Verpflichtung der aufgelösten Gesellschaft auf die aufnehmende N.V. zustimmt.

Jeder Gläubiger, der seine Zustimmung zu der Übernahme der Passiva der aufgelösten Gesellschaft durch die aufnehmende N.V. verweigert, kann von der "N.V. in liquidation" die Erfüllung seiner Forderungen verlangen, da insoweit eine Schuldübernahme nicht stattfindet ¹¹⁵⁾.

Im ungünstigsten Falle beginnt also die Übertragung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft erst dann, wenn der letzte Gläubiger befriedigt ist.

Im Regelfall reichen die Barmittel einer Gesellschaft zur völligen Ablösung ihrer Verbindlichkeiten nicht aus. Da die aufnehmende N.V. kein Interesse an der Versilberung des Aktivvermögens der aufgelösten Gesellschaft haben kann, wird sie nötigenfalls die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von sich aus befriedigen. Zwar eröffnet art. 56 WvK die Möglichkeit, einen Teil des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft schon vor der Abdeckung ihrer Verbindlichkeiten zu übertragen, doch muß die aktive Liquidationsmasse in jedem Fall die Forderungen der Gläubiger erreichen.

Eine dieser zu vergleichende Regelung ist sowohl dem französischen als auch dem belgischen und luxemburgischen Aktienrecht fremd. Der Grundsatz der "transmission à titre universel", der sich für Luxemburg aus dem art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 ergibt, ist auch in den beiden anderen Staaten völlig anerkannt.

Dennoch kann es Gründe geben, die eine S.A. veranlassen, ihre Passiva in bestimmter Weise zu regeln, bevor sie ihr Vermögen zum Zwecke der Fusion auf eine andere S.A. überträgt.

Die möglichen Verfahren, deren Anwendung sich jeweils nach den besonderen Verhältnissen des konkreten Einzel-

115) Anders als in Frankreich werden noch nicht fällige Forderungen keineswegs durch den Eintritt in die Liquidation fällig. Aus art. 56 WvK ergibt sich aber, daß eine vorzeitige Ablösung ihrer Verbindlichkeiten im Interesse der aufgelösten Gesellschaft liegt. Vgl. VAN OMMESELAGHE, op. cit., n° 145, p. 250.

fall es richtet, sollen wiederum am französischen Recht demonstriert werden.

1. Die Ablösung der Verbindlichkeiten mit vorhandenen Mitteln der Gesellschaft.

Bevor der eigentliche Fusionsvorgang eingeleitet wird, entledigt sich die übertragende S.A. ihrer gesamten Verbindlichkeiten. Sie bringt in die neue oder aufnehmende S.A. als Sacheinlage die ihr verbliebenen Aktiva ein, die nunmehr ihr gesamtes Vermögen darstellen. Gläubiger sind dabei alle natürlichen oder juristischen Personen, die im Besitz von Forderungen gegen eine der beteiligten S.A. sind. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob diese Forderungen bereits fällig sind oder nicht ¹¹⁶⁾.

Die Aktionäre der S.A. sind schon deshalb keine Gläubiger, weil sie nicht Inhaber bloßer Forderungen, welche auf bestimmte Leistungen gerichtet sind, sondern Träger von Mitgliedschaftsrechten sind.

Eine zweite Möglichkeit ist folgende :

Die fusionierenden S.A. behalten einen ihren Verbindlichkeiten entsprechenden Anteil am Aktivvermögen zur Schuldentilgung zurück ¹¹⁷⁾.

Die übrigen Vermögenswerte bringen sie dagegen noch vor der endgültigen Befriedigung ihrer Gläubiger in Form einer Sacheinlage in die neu zu gründende S.A. ein.

Die Auswahl der zur Schuldentilgung benötigten Vermögenselemente richtet sich nach den Erfordernissen des Einzelfalles. Hierzu wird man in der Regel solche Sachwerte heranziehen, welche sich möglichst einfach zu Geld machen lassen. Es erscheint zweckmäßig, für diese Fälle eine gewisse Reserve zu bilden, da sich eventuell man-

116) Auf diesen Punkt ist an anderer Stelle noch näher einzugehen.

117) MOREAU, op. cit., n° 805, p. 1040.

che gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen nicht genau bestimmen lassen.

Diese Form der Bereinigung von Gesellschaftsschulden ist als mit dem Wesen der Fusion vereinbar anerkannt worden ¹¹⁸⁾.

Auch hier findet eine "transmission universelle du patrimoine global" statt, denn der zurückbehaltene Teil der Aktiva hebt sich gegen die Summe der gesamten Verbindlichkeiten auf. Diese, auch unter dem Begriff "apport franc et quitte de toute charge du chef de la société apporteuse" ¹¹⁹⁾ bekannte Form, wurde sehr häufig angewandt, bevor der Gesetzgeber besondere Steuererleichterungen für die Fusion geschaffen hatte.

2. Die Ablösung der Verbindlichkeiten mit Mitteln aus dem Aktienverkauf.

Bei diesem, zunächst etwas kompliziert anmutenden Verfahren bringen die fusionierenden S.A. ihre gesamten Aktiva als Sacheinlage in die neu zu gründende Gesellschaft ein. Die übertragenden S.A. regeln ihre Verbindlichkeiten jedoch in eigener Regie. Zu diesem Zweck bleibt ihre Rechtspersönlichkeit in vollem Umfang erhalten, sie bestehen "in liquidation" fort. Um zu den für die Ablösung ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen Mitteln zu kommen, haben die fusionierenden S.A. die Möglichkeit, die ihnen zunächst zugeteilten Aktien der neuen Gesellschaft zu veräußern. Allerdings bedarf es hierzu besonderer Absprachen mit den Aktionären. Die grundsätzlichen Zweifel an der Zulässigkeit einer derartigen Veräußerung von Aktien, die eine S.A. als Gegenleistung für die Einbringung ihres Vermögens im Wege der Fusion erhalten hat, um damit zu Geld für die Ablösung ihrer

118) So HOUPIŃ et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 952, p. 124, HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 765, p. 980. Cour de Cassation, vom 21.VII.1932, im Journal des Sociétés 1932, p. 634.

119) BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 13, p. 4.

Verbindlichkeiten zu kommen, sind durch die Rechtsprechung bereits frühzeitig beseitigt worden ¹²⁰⁾.

3. Die vorbehaltlose Einbringung des gesamten Vermögens.

Diese Methode bietet für die Beteiligten die einfachste Lösung und wird daher in der Praxis am häufigsten angewandt. Die fusionierenden S.A. übertragen ihre gesamten Aktiva und Passiva auf die neue Gesellschaft. Im Unterschied zu den oben dargestellten Fällen ist die Regelung der Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaften damit Aufgabe der neuen S.A. ¹²¹⁾.

An der Frage der Schuldnersubstitution, die hiermit angeschnitten wird, hat sich ein Meinungsstreit entzündet, ob und inwieweit dies Verfahren noch mit der Fusion vereinbar ist.

Aus dem Wesen der Fusion, der eine "transmission à titre universel" zugrunde liegt, folgt, daß die neue Gesellschaft nicht die Aktiva der übertragenden S.A. übernehmen kann, ohne zur Regelung von deren Verbindlichkeiten verpflichtet zu sein, soweit dies nicht bereits durch die übertragenden S.A. selbst geschehen ist ¹²²⁾.

Von dem Zeitpunkt an, in dem die übertragenden S.A. ihre Einlagen geleistet haben, wird die neue Gesellschaft in vollem Umfang Nachfolgerin in Bezug auf sämtliche Rechte und Pflichten der aufgelösten Gesellschaften.

Es verstößt also keineswegs gegen das Wesen der Fusion, sondern es entspricht ihm geradezu, wenn die Ansprüche der Gläubiger sich von nun an direkt gegen die neue Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin richten ¹²³⁾.

120) Cour de Cassation, vom 9.XI.1887, in DALLOZ, 1888 I 202.

121) Nach Cour de PARIS, vom 5.XII.1959, unveröffentlicht, zitiert bei RODIÈRE, Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1961, p. 110/111 wird dies als selbstverständliche Verpflichtung vorausgesetzt.

122) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 767, p. 894; ebenso Cour de PARIS, vom 23.I.1912, SIREY, 1912 II 297.

123) Auf die sich hieraus ergebende Problematik wird noch im Zusammenhang mit der Erörterung des Gläubigerschutzes einzugehen sein.

Für das belgische Aktienrecht muß aber noch folgendes beachtet werden. Die übertragende Gesellschaft muß ihr Vermögen übertragen, bevor sie sich auflöst, denn andernfalls wäre die Auflösung nicht durch die Fusion bedingt. Wenn die übertragende Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten in eigener Regie ablösen will, so muß das ebenfalls vor der Auflösung geschehen. Denn im Stadium der Liquidation verfügt die übertragende Gesellschaft infolge der Vermögensübertragung über keine Aktiva mehr, die zur Abdeckung der Passiva herangezogen werden könnten.

Im Gegensatz dazu steht das luxemburgische Recht. Nach ihrer Auflösung wird die übertragende Gesellschaft als zum Zwecke der Liquidation fortbestehend fingiert. Es ist zulässig, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft von den Liquidatoren als Sacheinlage in die neue oder aufnehmende S.A. eingebracht wird.

Wenn die übertragende Gesellschaft die Forderungen ihrer Gläubiger aus Fremdmitteln befriedigt, steht ihr gegen die aufnehmende S.A. in voller Höhe ein Ausgleichsanspruch zu ¹²⁴⁾.

Das gilt auch für die übrigen Rechte, doch erscheint ein solcher Fall in der Praxis recht unwahrscheinlich. Es wird nämlich in aller Regel nicht vernünftigen wirtschaftlichen Überlegungen entsprechen, wenn die übertragende Gesellschaft etwa mit Hilfe von Bankkrediten ihre Verbindlichkeiten ablöst, wofür die neue oder aufnehmende AG am Ende doch einzustehen hätte.

II. Der Fusionsvertrag.

1. Der Inhalt des Fusionsvertrages bei der Verschmelzung durch Aufnahme.

Der Abschluß des Fusionsvertrages beendet die vorbereitende Phase der Verschmelzung. Damit kann die eigent-

124) Vgl. VAN RYN, op. cit., tome I, n° 858, p. 511.

liche Durchführung der Fusion beginnen.

Nicht nur nach deutschem Recht ¹²⁵⁾ ist der Fusionsvertrag ein synallagmatischer Vertrag, der zwischen den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zustandekommt. Diese Auffassung gilt allgemein ¹²⁶⁾.

Als handelnde Organe treten die Vorstände, in Frankreich meist die "présidents directeurs généraux", oder von den beteiligten Gesellschaften besonders bevollmächtigte Vertreter auf.

Voraussetzung für den Abschluß eines Fusionsvertrages ist unter anderem, daß die Gesellschaftsatzung eine Verschmelzung nicht verbietet. Für das luxemburgische Aktienrecht ergibt sich eine derartige Möglichkeit beispielsweise aus art. 67 alinéa 2 des Gesetzes vom 10.VIII.1915. Auch nach den übrigen Rechten ist eine derartige Satzungsbestimmung denkbar und grundsätzlich zulässig.

Nach französischem Recht folgt für die vertragschließenden Gesellschaften aus dem Fusionsvertrag selbst noch keine Verpflichtung zur Durchführung der Fusion. Der Vertrag steht bezüglich seiner Verwirklichung vielmehr unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die Aktionäre der beteiligten S.A. ¹²⁷⁾.

So erklärt es sich auch, daß die geschäftsführenden Gesellschaftsorgane nur nach der allgemeinen Vorschrift des art. 1142 Code Civil haften. Ein Schadenersatzanspruch beim Scheitern der Verschmelzung infolge der Ablehnung durch eine HV der Aktionäre einer der beteilig-

125) Zur Rechtsnatur des Fusionsvertrages vgl. BÜTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 10 bis 13.

126) RESTEAU, op. cit., tome II, n° 1307, p. 441: "Le contrat s'opère en deux actes distincts: l'offre qui est faite par la société qui va être absorbée et l'acceptation de cette offre qui est faite par la société qui absorbe."

127) Tribunal de la Seine, vom 13.XI.1883, in Revue des Sociétés 1884, p. 43: "Le traité de fusion est subordonné à la condition tacite que les clauses en seront exécutées". Eine ausdrückliche Vereinbarung dieser Bedingung ist also nicht erforderlich.

ten Gesellschaften entsteht nicht ¹²⁸⁾.

Die am Fusionsvertrag beteiligten S.A. übernehmen zunächst lediglich die Verpflichtung, ihren Aktionären das Fusionsprojekt in einer außerordentlichen HV zur Abstimmung vorzulegen.

Meistens erfahren die Aktionäre in diesem Zusammenhang überhaupt erst von den Fusionsabsichten der S.A., denn eine allgemeine Ermächtigung der Verwaltung durch die Aktionäre, Fusionsverhandlungen zu führen, wird von der Satzung nur in ganz seltenen Fällen verlangt.

Andererseits ist eine Satzungsbestimmung unzulässig, durch welche die Verwaltung einer S.A. pauschal zur Verwirklichung einer Fusion ermächtigt wird, ohne daß deren Einzelheiten einer außerordentlichen HV der Aktionäre vorgelegen hätten und von dieser gebilligt worden wären ¹²⁹⁾.

Die Entscheidungsfreiheit der Aktionäre ist also keineswegs dadurch eingeschränkt, daß die Verwaltung der Gesellschaft den Fusionsvertrag abgeschlossen hat, ohne durch die Aktionäre hierzu ausdrücklich autorisiert worden zu sein.

Vielfach ist es gerade die Diskretion, mit welcher die Fusionsverhandlungen bis zum Vertragsschluß geführt werden, welche eine Grundvoraussetzung für das Gelingen des Projektes darstellt.

Bei einer S.A., die sich in Liquidation befindet, übernehmen die Liquidatoren die Aufgaben des "conseil d'administration". Ihnen obliegt es, die laufenden Geschäfte der S.A. zu Ende zu führen. Auch sie haben indessen nicht die Befugnis, das Gesellschaftsvermögen im Wege einer Fusion in eine andere S.A. einzubringen, ohne daß die Anteilseigner diesem Vorhaben zugestimmt hätten ¹³⁰⁾.

128) Siehe auch MARTIN, aaO., p. 18; BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 38, p. 10.

129) HOUPIIN et BOSVIEUX, op.cit., tome II, n° 956, p. 131.

130) MARTIN, op. cit., p. 20.

Auch nach belgischem Recht wird der Fusionsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die Aktionäre geschlossen. Dies gilt immer in Bezug auf die übertragende Gesellschaft; wenn bei der aufzunehmenden S.A. eine Kapitalerhöhung erforderlich wird, haben auch deren Aktionäre in einer außerordentlichen HV hierüber zu beschließen.

Die aufschiebende Bedingung der Zustimmung zu der Fusion durch die Aktionäre gilt in jedem Fall als vereinbart, unabhängig davon, ob dies aus dem Fusionsvertrag hervorgeht oder nicht.

Zu der Regelung des holländischen Rechts ist zu sagen: Soweit in der Satzung der übertragenden Gesellschaft nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, haben die Aktionäre die letzte Entscheidung über die Verschmelzung zu treffen.

Die Wirksamkeit des zwischen den beteiligten Gesellschaften geschlossenen Fusionsvertrages steht daher regelmäßig unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft.

Nach italienischem Aktienrecht bildet der zwischen den an der Fusion beteiligten S.p.A. geschlossene Vertrag die Grundlage, auf der die Aktionäre in der Hauptversammlung ihre Entscheidung über die Fusion treffen. Der Fusionsvertrag steht daher immer unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die HV der Aktionäre der beteiligten Gesellschaften ¹³¹⁾.

Das deutsche Aktienrecht schließlich erwähnt den Verschmelzungsvertrag in § 235 AktG.

Wenngleich das Gesetz eine zeitliche Reihenfolge nicht vorschreibt, kommt der Verschmelzungsvertrag meistens vor dem Zusammentreten der HV der Aktionäre zustande. In diesem Fall steht jedoch der Fusionsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die

131) Vgl. FIORENTINO, aaO., p. 647.

HV der Aktionäre, wenigstens der Übertragenden Gesellschaft, unabhängig davon, ob eine derartige Klausel ausdrücklich vereinbart worden ist oder nicht¹³²⁾.

Der Verschmelzungsvertrag kann nur nach der Sondervorschrift des § 235 II AktG gekündigt werden. Die Vorschrift des § 235 III AktG bestimmt dagegen, daß selbst die HV der Aktionäre nicht befugt ist, die Aufhebung eines wirksam geschlossenen Fusionsvertrages zu beschließen. Nach deutschem Recht muß im Verschmelzungsvertrag zum Ausdruck kommen, daß zwei oder mehrere Agen sich im Wege der Verschmelzung zu einem wirtschaftlichen und rechtlichen Ganzen vereinigen. Damit ist bereits gesagt, daß die gesetzlichen Erfordernisse, die das Wesen der Verschmelzung bestimmen, Vertragsgegenstand werden müssen.

Neben dem Ausschluß der Liquidation bei der Übertragenden Gesellschaft und der Übernahme ihres gesamten Vermögens durch die aufnehmende AG gehört zum wesentlichen Vertragsinhalt, daß die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft Anteilseigner der aufnehmenden AG werden.

Nach französischem Recht ist ferner Gegenstand des Fusionsvertrages der Umfang, die Art und der Wert der von der Übertragenden Gesellschaft geleisteten Einlage, das Umtauschverhältnis, nach welchem den Aktionären der Übertragenden Gesellschaft Aktien der aufnehmenden S.A. gewährt werden, sowie die Vereinbarung, daß die aufnehmende S.A. infolge der Fusion in die Rechtstellung der Übertragenden Gesellschaft eintritt¹³³⁾.

132) Diese Konsequenz folgt eindeutig aus dem Gesetz, das in § 234 I, Satz 1 AktG der HV der Aktionäre das alleinige Recht zur Beschlußfassung über die Verschmelzung einräumt. Für eine Entscheidungsbefugnis des Vorstandes ist insoweit kein Raum. Bei ihrer Entscheidung muß die HV frei von jeder präjudizierenden Bindung sein. Vgl. v. GODIN-WILHELM, aaO., § 235, Anm. 1. Ebenso SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 234.

133) MARTIN, op. cit., p. 37.

Diese Feststellung hat indessen keineswegs nur für die Fusion in Frankreich Gültigkeit, sondern trifft auch auf die übrigen Aktienrechte der EWG-Mitgliedstaaten zu.

Das gleiche gilt im Hinblick auf Bestimmungen über die Satzung der aufnehmenden Gesellschaft, die im Gegensatz zu der Fusion durch Neubildung meist überflüssig sind. Gegebenenfalls können erforderlich werdende Satzungsänderungen von der außerordentlichen HV der Aktionäre, die über die Kapitalerhöhung entscheidet, beschlossen werden.

Wesentlich ist auch eine Vereinbarung über den Zeitpunkt der Verschmelzung.

In Frankreich wird mit dem Eintreten der Fusionswirkungen der Übergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaften auf diesen Zeitpunkt zurückdatiert ¹³⁴⁾. Selbst wenn die aufnehmende oder neue S.A. bei der Vereinbarung des Fusionstermines auch noch nicht die Führung der Geschäfte der übertragenden Gesellschaft in eigene Regie übernimmt, so ist von da an der entscheidende Einfluß der aufnehmenden S.A. nicht mehr hinwegzudenken. Die Festsetzung des Fusionszeitpunktes bedarf daher besonders sorgfältiger Vorbereitung.

Auch die übrigen Rechte kennen solche Vereinbarungen. Eine Abrede über den Zeitpunkt, auf den zurückdatiert, die Wirkungen der Verschmelzung eintreten sollen, hat nach deutschem Aktienrecht lediglich schuldrechtliche Wirkung ¹³⁵⁾.

In der Regel ist der vereinbarte Zeitpunkt, welcher nur zwischen den beteiligten Gesellschaften von Bedeutung

134) HAMEL et LEGARDE, op. cit., n° 766, p. 890: "Le traité étant conclu...avec rétroactivité jusqu'au dernier bilan, l'apport-fusion est réputé fait à la date de ce dernier bilan et les variations postérieures de l'actif net sont censées postérieures à la fusion".

135) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. I D zu § 235; BÖTTCHER-MEILICKE, § 235, Anm. 22.

ist, jedoch keine Wirkung nach außen entfaltet, der Stichtag der Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft.

2. Der Inhalt des Fusionsvertrages bei der Verschmelzung durch Neubildung.

Ebenso wie bei der Verschmelzung durch Aufnahme ist auch bei der Fusion durch Neugründung ein Fusionsvertrag erforderlich, der zwischen den übertragenden Gesellschaften abgeschlossen wird. Seine Grundlage bilden die von den übertragenden Gesellschaften aufgestellten Fusionsbilanzen.

Die in der "vorbereitenden Phase" getroffenen Vereinbarungen über Natur und Bewertung der durch die fusionierenden Gesellschaften erbrachten Einlagen, das Ausgabe-verhältnis und die Anzahl der neuen Aktien, die Zusammensetzung des "conseil d'administration", des Vorstands und des Aufsichtsrates sind Bestandteil des Verschmelzungsvertrages.

In Frankreich darf der "conseil d'administration" nach der Fusion nicht mehr als vierundzwanzig Mitglieder zählen ¹³⁶⁾ und erst wieder ergänzt werden, wenn sich diese Zahl auf elf Personen reduziert hat. ¹³⁷⁾

In Belgien ist dagegen die Anzahl der Mitglieder des "conseil d'administration" nur nach unten, nicht aber nach oben begrenzt ¹³⁸⁾.

Auch in Luxemburg ist das nicht anders, während Holland, Italien und Deutschland eine Begrenzung der Mitgliederzahl in den Exekutivorganen der AG nur auf Grund der Gesellschaftsatzung kennen.

136) Durch das Gesetz vom 22 XI.1954 wurde art. 1 des Gesetzes vom 16.XI.1940 insoweit abgeändert.

137) Vgl. MOREAU, op. cit., n° 794, p. 1025.

138) Vgl. VAN RYN, op. cit., tome I, n° 579, p. 383.

In den Ländern des Gemeinsamen Marktes ist ferner im Fusionsvertrag eine Bestimmung über den Zeitpunkt der Verschmelzung regelmäßig enthalten. Ebenso wird der Verschmelzungsvertrag auch bei der Fusion durch Neubildung unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften ihm zustimmen.

Schließlich ist die Satzung der neuen AG ein entscheidender Bestandteil des Fusionsvertrages und unterliegt daher notwendigerweise der Zustimmung durch die HV der Aktionäre aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ¹³⁹⁾.

Der Verschmelzungsvertrag und der Vertrag über die Gründung der neuen AG sind begrifflich zu trennen.

In Italien ist der "atto di fusione" bei der Fusion durch Neugründung mit dem "atto costitutivo" identisch ¹⁴⁰⁾.

Auch die Praxis in den übrigen EWG-Ländern unterscheidet nur formell zwischen Fusionsvertrag und Gesellschaftsvertrag der neuen AG.

Nach holländischem Recht wird der Verschmelzungsvertrag erst wirksam, wenn das Justizministerium gemäß art. 36 e WvK die Unbedenklichkeit der neuen Gesellschaftsgründung bescheinigt hat ¹⁴¹⁾.

Diese Genehmigung wird nach einer genauen Prüfung der formellen und sachlichen Inhaltsvoraussetzungen, die in den art. 36 b ff. WvK im einzelnen festgelegt sind, erteilt.

Ein Vergleich dieser Prüfung mit der Nachprüfung durch das Registergericht nach deutschem Aktienrecht liegt nahe ¹⁴²⁾.

139) Vgl. für das deutsche Recht im einzelnen SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 13 bis 20 zu § 247 und BÖTTCHER-MEILICKE, § 247, Anm. 8 bis 22; auch nach italienischem Recht ist das üblich, vgl. FIORENTINO, aaO., p. 642, 643.

140) So MESSINEO, op.cit., vol. III, aaO., n° 16, p. 559; FIORENTINO, aaO., p. 654.

141) Vgl. die Entscheidung des Hooge Raad vom 12.X.1932, in Nederlands Jurisprudentie 1933, S. 10.

142) Siehe auch JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 8, S. 17.

3. Die Form des Verschmelzungsvertrages.

Nach französischem Recht genügt bei beiden Arten der Fusion grundsätzlich die einfache Schriftform, das heißt, der Vertrag kann "sous seing privé" errichtet werden. Diese Möglichkeit ist jedoch insofern völlig theoretisch, als eine notarielle Beglaubigung (reconnaissance d'écriture et de signature) immer dann erforderlich ist, wenn Immobilienrechte Gegenstand des Fusionsvertrages sind. In Belgien und Luxemburg ist das nicht anders.

Praktisch läßt sich aber kaum ein Fall der Fusion vorstellen, bei dem es nicht zu einer Übertragung von Immobilienrechten käme.

In Holland muß der Gesellschaftsvertrag in holländischer Sprache abgefaßt und gemäß art. 36 II und art. 36 b WvK notariell beurkundet sein.

Auch Italien verlangt die notarielle Beurkundung in art. 2504 Codice Civile ¹⁴³⁾. Zugleich muß der Vertrag den in art. 2328 Codice Civile aufgestellten Mindestanforderungen genügen. In § 235 I, Satz 1 AktG wird für den Verschmelzungsvertrag ebenfalls notarielle Beurkundung verlangt. Der gesamte Inhalt des Vertrages unterliegt diesem Formzwang, der die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit begründet ¹⁴⁴⁾.

143) In art. 2504 ist ebenso wie in art. 2328 I Codice Civile auf art. 2699 Codice Civile verwiesen, der die Formvorschriften für den "atto pubblico" enthält. Vgl. auch Corte di Cassazione vom 21.I.1950, in Foro it. 1950 I 409, 410.

144) SCHILLING, Anm. 7 zu § 235.

§ 5. DIE ENTSCHEIDUNG ÜBER DIE FUSION BEI DER ÜBER- TRAGENDEN GESELLSCHAFT.

I. Die Entscheidung der Aktionäre.

Die Verschmelzung ist ein folgenschwerer Eingriff in das Leben der übertragenden Gesellschaft, denn sie setzt ihrem Dasein ein Ende. In Frankreich und den BENELUX-Staaten kommt noch hinzu, daß die übertragende Gesellschaft aufgelöst werden muß und in Liquidation geht, während sie nach italienischem und deutschem Aktienrecht nach dem Eintritt der Fusionswirkungen unmittelbar erlischt.

Die Entscheidung über die Verschmelzung bei der übertragenden Gesellschaft soll für beide Fusionsarten einheitlich erörtert werden. Denn die Stellung der übertragenden Gesellschaft unterscheidet sich insoweit nur dadurch, daß sie bei der Fusion durch Neubildung als Gründerin der neuen AG in Erscheinung tritt.

1. Frankreich.

Der Fusionsvertrag zwischen den beteiligten Gesellschaften ist unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß die Aktionäre ihre Zustimmung erteilen. Die Zustimmung durch die HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft enthält immer zugleich den Beschluß, die Gesellschaft zum Zwecke der Fusion aufzulösen ¹⁴⁵⁾.

Daher handelt es sich in jedem Fall um eine Satzungsänderung und zwar auch dann, wenn die Möglichkeit einer Fusion bereits programmatisch in den Statuten der Gesellschaft vorgesehen ist. Die Änderung der Satzung einer S.A. ist ausschließlich die Aufgabe der HV der Aktionäre.

145) Cour de Cassation, vom 7.VI.1963, in DALLOZ, 1963 sommaires, 103: "Une fusion de deux S.A. ne peut être décidée que par l'assemblée générale des actionnaires de chacune des sociétés absorbante et absorbée".

Jede der in dem Fusionsvertrag getroffenen Vereinbarungen bedarf der Zustimmung der Aktionäre, auch wenn diese Zustimmung in der Praxis meist recht pauschal gegeben wird ¹⁴⁶⁾.

Bei der "fusion par combinaison" befindet die HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft über die Ermächtigung der Verwaltung, an der Errichtung der neu zu gründenden S.A. mitzuwirken.

Diese Ermächtigung enthält zugleich die Befugnis, das Gesellschaftsvermögen der übertragenden Gesellschaft als Sacheinlage in die neu zu gründende S.A. einzubringen und alle übrigen für die Verwirklichung der Fusion erforderlichen Maßnahmen vorzunehmen. Erst dann beschließt die außerordentliche HV der Aktionäre die Auflösung der Gesellschaft ¹⁴⁷⁾. Wie schon erwähnt, tritt die aufgelöste S.A. in Liquidation. Ihre Rechtspersönlichkeit bleibt zu diesem Zweck aufrechterhalten. Sie weicht nicht etwa einer gesamthänderischen Vermögensgemeinschaft der Aktionäre, wie ausdrücklich betont werden muß ¹⁴⁸⁾.

Bei beiden Fusionsformen gehört es zu den Aufgaben der HV der Aktionäre, die Liquidatoren der übertragenden S.A. zu bestellen.

Üblicherweise stehen die Beschlüsse der HV unter der Bedingung, daß sie unwirksam werden, wenn die Fusion im Wege der Gründung einer neuen S.A. nicht bis zu einem von der HV festgesetzten Termin verwirklicht ist. Es handelt sich hierbei um eine Schutzmaßnahme für den Fall daß auf Seiten der übrigen an der Fusion beteiligten S.A.

146) BASTIAN, aaO., Fasc. 164² n° 57, p. 12: "Il doit être donné connaissance à l'assemblée du traité de fusion, dans son intégralité, pour que les actionnaires puissent approuver "cognita causa", non seulement le principe même de la fusion, mais aussi ses modalités, c'est-à-dire toutes les clauses et conditions affectant l'opération".

147) Die Auflösung ist eine "dissolution de plein droit de la société par le seul fait de la réalisation de la constitution définitive de la société nouvelle", MOREAU, op. cit., n° 806, p. 1041.

148) MOREAU, op. cit., n° 800, p. 1034.

oder bei der Gründung der neuen Gesellschaft nicht vorhersehbare Schwierigkeiten auftreten, welche die Fusion in unzumutbarer Weise hinauszögern.

2. Belgien.

Ganz ähnlich ist nach belgischem Recht zu verfahren. Die Fusion erfordert eine Änderung der Gesellschafts-satzung, die nur auf Beschluß des obersten Gesellschafts-organs, der HV der Aktionäre, vorgenommen werden kann.

Das Recht, die Satzung zu ändern, kann in den Statuten nicht ausgeschlossen werden, jedenfalls insoweit nicht, als die in art. 71 Lois coordonnées genannten Personen betroffen sind ¹⁴⁹⁾.

Einzelne Satzungsänderungen, wie e.g. die "dissolution anticipée" können allerdings in der Satzung einer S.A. untersagt sein ¹⁵⁰⁾.

Ohne vorherige Satzungsänderung ist in einem solchen Fall eine Verschmelzung nicht realisierbar. Wenn die Satzung über die Möglichkeit einer Fusion nichts aus-sagt oder selbst sie ausdrücklich vorsieht, so müssen in jedem Fall die Bestimmungen der Lois coordonnées, in Sonderheit die Vorschriften über Quorum und Majori-tät bei der Abstimmung in der HV der Aktionäre gewahrt bleiben. Eine Verminderung der gesetzlichen Mindest-erfordernisse durch die Satzung ist unzulässig. Der Be-schluß der HV der Aktionäre über die Fusion ist zu-gleich die Entscheidung über die Auflösung der übertra-genden Gesellschaft; die Auflösung zieht automatisch die Liquidation der S.A. nach sich.

Die HV der Aktionäre bestimmt durch Beschluß, welcher mit einfacher Mehrheit gefaßt werden kann, die Liquida-toren der Gesellschaft, welche die Funktionen des "con-seil d'administration" übernehmen ¹⁵¹⁾.

149) VAN RYN, op. cit., tome I, n° 809, p. 486.

150) RESTEAU, op. cit., tome II, n° 1313, p. 445.

151) RESTEAU, op. cit., tome IV, n° 1860, p. 107.

3. Luxemburg.

Die Gründe, die eine Entscheidung der Aktionäre erforderlich machen, sind die gleichen wie in Belgien. Daher muß das Projekt der Fusion in seinen Einzelheiten einer außerordentlichen HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft vorgelegt werden.

Ihre Aufgabe ist es, die "dissolution anticipée" der übertragenden S.A. zu beschließen, gemäß art. 142 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 die Liquidatoren zu ernennen und der Verschmelzung ihre Zustimmung zu erteilen.

4. Niederlande.

Nach art. 45 WvK fallen Satzungsänderungen prinzipiell in die Zuständigkeit der HV der Aktionäre.

Dies ist eine Konkretisierung des in art. 43 WvK ausgesprochenen Grundsatzes, daß der HV, als dem ranghöchsten Organ der Gesellschaft alle Rechte zugewiesen sind, welche nach Gesetz oder Satzung nicht in die Kompetenz der Verwaltung fallen.

Es hängt daher im Einzelfall entscheidend von den Bestimmungen der Gesellschaftsatzung ab, welche Rechte der HV der Aktionäre tatsächlich zustehen.

So gestattet art. 37 f WvK zum Beispiel, daß einer bestimmten Kategorie von Aktionären (e.g. einer besonderen Gruppe von Vorzugsaktionären) die alleinige Befugnis zur Ernennung des Vorstandes der N.V. übertragen ist¹⁵²⁾.

Ebenso kann die Befugnis zur Änderung der Gesellschaftsatzung der HV der Aktionäre zu Gunsten der Verwaltung weitgehend entzogen sein.

In einem solchen Fall wäre die Auflösung der übertragenden Gesellschaft eine Maßnahme, zu welcher allein der Vorstand berechtigt, aber auch, in Erfüllung der im Fusionsvertrag eingegangenen Verpflichtungen gezwungen wäre, ohne daß der HV der Aktionäre ein Mitspracherecht zukäme.

152) HEPP, aaO., in Petite Collection JUPITER, n° 15.41 p. 20.

Allerdings können die Aktionäre derartige Beschränkungen ihrer Rechte durch die Statuten der Gesellschaft beseitigen, jedoch nur, wenn gemäß art. 45 III WvK das gesamte Kapital der N.V. in der HV vertreten ist und der entsprechende Beschluß einstimmig gefaßt wird ¹⁵³⁾.

Zu Gunsten der Übersichtlichkeit der Darstellung wird im folgenden davon ausgegangen, daß nach den Statuten die HV der Aktionäre für alle Satzungsänderungen zuständig ist.

Daher müssen die Aktionäre die Auflösung der übertragenden Gesellschaft beschließen, da diese eine Satzungsänderung darstellt ¹⁵⁴⁾.

Die von der HV der Aktionäre mit der erforderlichen Mehrheit beschlossene Auflösung der Übertragenden Gesellschaft hat zur Folge, daß diese in das Stadium der Liquidation eintritt. Mit diesem Beschluß stimmen die Aktionäre zugleich dem Fusionsvertrag in seiner Gesamtheit zu.

5. Italien.

In Art. 2502 Codice Civile ist nur bestimmt, daß die Verschmelzung von den an ihr beteiligten Gesellschaften beschlossen werden muß.

Aus der Fassung des Gesetzes folgt, daß für diese Beschlüsse nur die HV der Aktionäre zuständig sein kann.

Für die HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ergibt sich diese Kompetenz zusätzlich auch noch aus art. 2365 Codice Civile, denn für diese Gesellschaft

153) HEPP, aaO., n^o 15.42, p. 22 hält diesen Beschluß dann für unwirksam, wenn er gegen den ordre public oder den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt.

154) JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 11, S. 22 stellen fest, daß eine "algemeen vergadering van aandeelhouders" nur stattfinden muß, wenn das Aktienkapital durch Inhaberaktien repräsentiert ist. Bei Namensaktien ist dies nicht unbedingt erforderlich, vgl. art. 46 b II WvK.

setzt die Beschlußfassung über die Fusion zwingend eine Satzungsänderung voraus.

Die Verwaltung der übertragenden Gesellschaft darf sich nicht damit begnügen, der HV der Aktionäre lediglich einen Antrag auf Zustimmung zu der Verschmelzung vorzulegen. Vielmehr ist die Verwaltung gehalten, die Aktionäre in allen Einzelheiten über die geplante Fusion zu unterrichten.

Die Grundlage für diesen Bericht bildet die eingehende Darstellung der Vermögenslage der Gesellschaft.

Nur auf diese Weise kann es den Aktionären möglich gemacht werden, die weitreichenden Folgen ihres Beschlusses zu ermessen und sich eine fundierte Ansicht darüber zu bilden, ob die geplante Verschmelzung im Interesse ihrer Gesellschaft liegt ¹⁵⁵⁾.

Die Entscheidung der Aktionäre in der HV kann daher nur das Ergebnis einer eingehenden Erörterung aller Elemente des Fusionsvertrages sein.

Inhalt des Beschlusses der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ist nicht die vorzeitige Auflösung der S.p.A., sondern die Zustimmung zu der Verschmelzung nach Maßgabe des Fusionsvertrages.

6. Deutschland.

Auch nach deutschem Recht liegt die Entscheidung über die Durchführung der Verschmelzung in den Händen der Aktionäre. Die zwingende Vorschrift des § 234 I, Satz 1 AktG verlangt die Zustimmung einer außerordentlichen HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft. Gegenstand der Beschlußfassung ist der Verschmelzungsvertrag in seinen Einzelheiten.

Dieser Vertrag muß daher abgeändert werden, wenn die Aktionäre der übertragenden AG mit einzelnen, dort ge-

¹⁵⁵⁾ Corte di Cassazione, vom 10.X.1955, in Foro it. 1956 I 732 verlangt "precisa conoscenza della situazione patrimoniale".

troffenen Vereinbarungen nicht einverstanden sind.

II. Die Mitwirkung von Nichtaktionären an der Beschlußfassung über die Fusion.

Weder nach deutschem, noch nach italienischem Recht haben andere Personen als die Aktionäre ein Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung.

Auch das holländische Recht, das die Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion ablehnt und den Gesellschaftsgläubigern der Übertragenden N.V. eine starke Stellung bei der praktischen Durchführung der Fusion einräumt, kennt eine Mitwirkung von Nichtaktionären bei der Beschlußfassung über die Fusion nur, wenn die Gesellschaftssatzung hierüber ausdrückliche Bestimmungen enthält.

In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist die Stellung gewisser Nichtaktionäre bei der Fusion sehr viel einflußreicher.

1. Die Inhaber von "parts de fondateur" und "parts bénéficiaires".

In Frankreich ist die rechtliche Stellung der Inhaber von "parts de fondateur" durch das Gesetz vom 23.I.1929 geregelt worden.

Obgleich die "parts de fondateur" nicht mit den Aktien verglichen werden können ¹⁵⁶⁾, sind in einer durch die Rechtsprechung eingeleiteten Entwicklung ¹⁵⁷⁾ die Rechte der Aktionäre zugunsten der Inhaber von Gründeranteilen durch die art. 9 und 10 des Gesetzes vom 23.I.1929 eingeschränkt worden. Diese Vorschriften sehen ein Mitspracherecht der "porteurs des parts de fondateur" bei

156) MARTIN, op. cit., p. 10.

157) Cour de Cassation vom 8.XII.1902, in Journal des Sociétés 1903, p. 295.

Satzungsänderungen vor, welche eine Änderung der Form oder des Zwecks der Gesellschaft oder deren Fusion betrifft.

Daher muß den Inhabern von "parts de fondateur", die zu einer außerordentlichen Generalversammlung einberufen werden, das Fusionsprojekt zur Beschlußfassung vorgelegt werden.

Der Abstimmungsmodus und die Verhältnisse von Quorum und Majorität richten sich wie bei der HV der Aktionäre nach art. 31 des Gesetzes vom 24.VII.1867.

Zweckmäßigerweise läßt man die Generalversammlung zeitlich vor der außerordentlichen HV der Aktionäre stattfinden, denn andernfalls müßten diese ihre Beschlüsse unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung durch die Inhaber von "parts de fondateur" fassen ¹⁵⁸⁾.

In jedem Falle kann die Satzung besondere Regelungen vorsehen ¹⁵⁹⁾.

Auch nach belgischem Aktienrecht repräsentieren die "parts bénéficiaires" keine Kapitalanteile und sind daher auch nicht den Aktien gleichzustellen. Sie nehmen aber im Falle der Liquidation an der Ausschüttung des "boni de liquidation" teil. Die Inhaber von "parts bénéficiaires" sind Gläubiger der Gesellschaft, denen regelmäßig ein Anspruch auf einen besonderen Anteil am Gewinn zusteht; die übrige Ausstattung dieser Titel regelt die Satzung der Gesellschaft ¹⁶⁰⁾.

Da sie keine Aktionäre sind, kann den Inhabern von "parts bénéficiaires" ein Mitbestimmungsrecht bei der Änderung der Statuten der S.A. grundsätzlich nicht zukommen. Die "dissolution anticipée" nimmt jedoch ihrer Bedeutung wegen unter den Satzungsänderungen eine Sonder-

158) BASTIAN, aaO., Fasc. 164² n^o 65, p. 13.

159) Näheres siehe im zweiten Hauptteil, die "Rechtstellung der Inhaber von "parts de fondateur".

160) WAUWERMANS, op. cit., n^o 198, p. 134 und n^o 200, p. 135. Siehe aber auch VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 552, p. 368 und n^o 506, p. 343.

stellung ein. Sie berührt die Rechte der Inhaber von "parts bénéficiaires" und aus diesem Grund hat art. 71 L.C., entgegen anders lautender Satzungsbestimmungen, ihnen für diesen Fall ein Stimmrecht zugebilligt. Hierdurch werden die Inhaber von "parts bénéficiaires" in-stand gesetzt, die Verschmelzung zu vereiteln ¹⁶¹⁾.

Der luxemburgische Gesetzgeber hat die Rechtstellung der "porteurs des parts bénéficiaires" im Gesetz vom 10.VIII.1915 nicht näher geregelt. Zwar finden sich in einzelnen Vorschriften, e.g. in art. 43 alinéa 3 und art. 46 des Gesetzes Hinweise auf diese Rechte, welche ähnlich wie Aktien behandelt werden.

Dennoch sind auch nach luxemburgischen Recht die "parts bénéficiaires" den Aktien keineswegs gleichzusetzen, denn es steht den Inhabern dieser Anteile kein Mitspracherecht zu, welches dem der Aktionäre vergleichbar wäre.

Soweit die in art. 71 L.C. für das belgische Recht dargelegten Voraussetzungen gegeben sind, haben die Inhaber von "parts bénéficiaires" auch nach luxemburgischen Aktienrecht ein Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung von S.A.

2. Die Inhaber von Obligationen.

Neben den Inhabern von "parts de fondateur" oder "parts bénéficiaires" genießen auch die Obligationäre eine Sonderstellung als Gesellschaftsgläubiger. Seit dem Erlass des Décret-Loi vom 30.X.1935 haben die Inhaber von Obligationen in Frankreich bei der Fusion von S.A. in gewissem Maße ein Mitspracherecht. Gemäß art. 20 dieses Gesetzes muß die Verwaltung einer S.A. im Falle der Fusion

161) Die näheren Einzelheiten werden im II. Hauptteil der Arbeit untersucht.

die Inhaber von Obligationen zu einer "assemblée générale de la masse des obligataires" einberufen ¹⁶²⁾.

Diese Generalversammlung ist das berufene Organ der Obligationäre, das über die Fusion beschließt. Wenn gleich die Obligationen keinerlei Mitgliedschaftrechte an der S.A. repräsentieren, so werden doch die Rechte der Obligationäre durch die Fusion berührt. Wenn die Generalversammlung der Obligationäre die Fusion billigt, so findet eine Schuldnersubstitution statt. Gemäß art. 1271 und 1275 Code Civil handelt es sich um eine Novation. Mit einem ablehnenden Beschluß können die Obligationäre die Fusion der Schuldnergesellschaft mit einer anderen S.A. nicht verhindern. Es treten jedoch in diesem Fall die in art. 20 alinéa 2 des Décret-Loi vom 30.X.1935 vorgesehenen Konsequenzen ein.

Die Formerfordernisse für die Tagesordnung sowie die Vorschriften über Quorum und Majorität der Generalversammlung, welcher nur Inhaber von Obligationen der gleichen Emission angehören dürfen, regelt art. 22 des Décret-Loi vom 30.X.1935 ¹⁶³⁾.

Das belgische Aktienrecht räumt den Inhabern von Obligationen einer S.A. keineswegs eine derart starke Stellung ein. Die Obligationäre sind lediglich eine besondere Kategorie von Gesellschaftsgläubigern. Mit der Rechtsstellung der Inhaber von "parts bénéficiaires" läßt sich ihre Position der Schuldnergesellschaft gegenüber nicht vergleichen ¹⁶⁴⁾.

162) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I supplémentaire, p.68: "Les porteurs d'obligations d' une même émission peuvent se grouper pour la défense de leurs intérêts communs. La masse, entité juridique, dont le rôle unique est de pouvoir à la défense des intérêts communs à la collectivité de ses membres... est douée de la personnalité civile".

163) Vgl. hierzu auch MARTIN, op. cit., p. 150.

164) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn die Satzung oder die Emissionsbedingungen den Obligationären besondere Rechte einräumen.

Da ihnen kein unmittelbares Mitbestimmungsrecht zusteht, können sie auch die Verschmelzung der übertragenden Gesellschaft, die ihre Schuldnerin ist, nicht verhindern.

Der luxemburgische Gesetzgeber hat im Gegensatz zu den offensichtlich in der Praxis weniger bedeutenden "parts bénéficiaires" das Recht der Schuldverschreibungen in den art. 79 bis 101 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 eingehend geregelt.

Insofern läßt sich ein starker Einfluß des französischen Rechts nicht verleugnen.

Die Inhaber von Obligationen sind laut art. 85 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 berechtigt, mit beratender Stimme an der HV der Aktionäre teilzunehmen. Die Obligationäre können aber auch selbst zu einer Generalversammlung zusammentreten, welche das Organ der "masse des obligataires" bildet ¹⁶⁵⁾.

Zwar kommt den Obligationären bei Satzungsänderungen kein allgemeines Mitbestimmungsrecht zu. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die Satzungsänderung sich auf die Form oder den Zweck der Gesellschaft erstreckt, welche die Obligationen ausgegeben hat.

In einem solchen Fall können die satzungsändernden Beschlüsse der HV der Aktionäre nur wirksam werden, wenn die Generalversammlung der Inhaber der Obligationen diese Beschlüsse ihrerseits wirksam bestätigt.

165) Vgl. auch art. 95 des Gesetzes vom 10.VIII.1915, welcher den Begriff "masse des obligataires" ausdrücklich verwendet.

§ 6. DIE AUFNEHMENDE UND DIE NEUE GESELLSCHAFT.

I. Die aufnehmende Gesellschaft.

1. Die Gegenleistung für die Sacheinlage.

Der Grundsatz, daß das Vermögen der übertragenden Gesellschaft bei der Fusion als Sacheinlage in die aufnehmende AG eingebracht wird, ist in den Aktienrechten aller EWG-Länder verankert. Desgleichen gilt aber auch das Prinzip, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften an der aufnehmenden Gesellschaft kapitalmäßig beteiligt werden müssen.

Da sich durch die Sacheinlage das Grundkapital der aufnehmenden AG in seinem Wert erhöht, muß diese in einem entsprechenden Maß Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften ausgeben.

Je nach dem Umfang des eingebrachten Vermögens kann es möglich sein, daß die aufnehmende AG über genügend eigene Aktien verfügt, um die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften angemessen an ihrem Kapital beteiligen zu können.

Abgesehen von den Beschränkungen in einzelnen Aktienrechten über den Besitz eigener Aktien, ist ein solches Verfahren praktisch aber nur vorstellbar, wenn der wirtschaftliche und kapitalmäßige Unterschied zwischen übertragender und aufnehmender Gesellschaft eklatant ist.

Die von der aufnehmenden Gesellschaft zu gewährenden Aktien können indessen auch dem genehmigten Kapital entstammen, für welches das deutsche Recht in §§ 159 ff. AktG eine Regelung enthält. Auch die übrigen Länder lassen die Schaffung genehmigten Kapitals zu; Frankreich allerdings erst seit Erlass des Gesetzes vom 4.III.1943, das die Rechtsfigur des "capital autorisé" eingeführt hat.

Der Regelfall ist jedoch der, daß die aufnehmende Gesellschaft zum Zwecke der Fusion ihr Kapital dem Wert der eingebrachten Sacheinlage entsprechend erhöht. Diese Maßnahme ist von entscheidender Bedeutung für die Fusion durch Aufnahme.

2. Die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft. a. Frankreich.

Infolge der Fusion tritt die aufnehmende S.A. vollkommen in die Rechtstellung der übertragenden Gesellschaft ein. Während letztere untergeht, besteht die aufnehmende S.A. in ihrer Qualität als "être moral" unverändert fort.

Es könnte daher zunächst scheinen, als ob ihre Aktionäre auf die Fusion selbst keinerlei Einfluß hätten.

Dieser Schein trügt jedoch, wenn die aufnehmende Gesellschaft zum Zwecke der Verschmelzung ihr Grundkapital erhöhen muß.

Die Kapitalerhöhung setzt eine Änderung der Gesellschaftsatzung voraus.

Eine Satzungsänderung kann indessen nur von dem höchsten Organ einer S.A., der "assemblée générale des actionnaires" vorgenommen werden.

Die außerordentliche HV der Aktionäre tritt gemäß art. 31 des Gesetzes vom 24.VII.1867 zusammen. Im Zusammenhang mit der Fusion werden bei der aufnehmenden S.A. verschiedene Hauptversammlungen der Aktionäre nötig.

Die erste beschließt die von der Verwaltung vorgeschlagene Kapitalerhöhung und gibt dem Fusionsvertrag ihre Zustimmung, gegebenenfalls unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft ihrerseits der Verschmelzung zustimmen, sofern dies noch nicht geschehen ist.

Desweiteren bestimmt diese HV die "commissaires chargés de vérifier l'apport-fusion"¹⁶⁶⁾, deren Aufgabe es

166) Die Haftung der Prüfer gemäß art. 43 des Gesetzes vom 24.VII.1867 bestimmt sich nach den Regeln über den Auftrag, vgl. Cour de Cassation vom 4.VII.1911, DALLOZ, Jurisprudence 1911, 1, 449.

ist, die von der aufgelösten Gesellschaft erbrachte Sacheinlage auf ihre Bewertung hin zu prüfen ¹⁶⁷⁾, die Rechte und Pflichten, welche sich aus der Fusion für die aufnehmende S.A. ergeben, festzustellen und das Ergebnis ihrer Nachprüfungen in einem Bericht zusammenzufassen. Den Prüfungsbericht muß eine zweite außerordentliche HV der Aktionäre entgegennehmen und billigen ¹⁶⁸⁾.

Diese zweite HV stellt darüber hinaus fest, daß die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden S.A. vollzogen und die Verschmelzung abgeschlossen ist.

Beschlüsse der vorangegangenen HV, welche unter einer Bedingung gefaßt worden waren, werden somit voll wirksam.

Die bei der aufnehmenden S.A. erforderliche Kapitalerhöhung setzt eine Satzungsänderung voraus, die in die ausschließliche Kompetenz der Anteilseigner fällt. Dazu zählen die "porteurs des parts de fondateur" jedoch nicht, und ihre Rechte werden nicht schon dadurch berührt, daß die von der aufgelösten Gesellschaft erbrachte Sacheinlage auch Passiva aufweist.

Die Zustimmung der Inhaber von Gründeranteilen ist aber dann unumgänglich, wenn die aufnehmende S.A. die Fusion zum Anlaß nehmen will, die bestehenden "parts de fondateur" zu beseitigen, und die Satzung für diesen Fall zugleich ein ausdrückliches Mitbestimmungsrecht vorsieht.

Der art. 20 alinéa 1 des Décret-Loi vom 30.X.1935 weist der Generalversammlung als dem Organ der "masse des obligataires" ein Beschlußfassungsrecht "sur toutes les propositions de la société débitrice relatives à la fusion de la société avec une autre" zu.

167) Die Prüfung kann nur anhand der von der übertragenden Gesellschaft aufgestellten Fusionsbilanz erfolgen.

168) Nach art. 4 alinéa 4 des Gesetzes vom 24.VII.1867 kommt ein entsprechender Beschluß mit einfacher Mehrheit bei einem Quorum von wenigstens einem Viertel zustande.

Durch die Verpflichtungen, welche die Verschmelzung für die aufnehmende S.A. mit sich bringt, werden die Rechte der Inhaber von Obligationen in ihrem Bestand ebenso wenig berührt, wie durch eine sonstige Erhöhung der Passiva bei der aufnehmenden S.A.

Ein Mitbestimmungsrecht der Obligationäre der aufnehmenden S.A. in Bezug auf die Verschmelzung ist daher abzulehnen ¹⁶⁹⁾.

Immerhin hat diese derzeit herrschende Ansicht die Reformkommission nicht gehindert, ein Mitbestimmungsrecht der Obligationäre bei der Fusion vorzuschlagen, das es ihnen ermöglichen würde, die Fusion zu verhindern ¹⁷⁰⁾.

b. Belgien.

Auch nach den Vorschriften des belgischen Rechts muß das Gesellschaftskapital der aufnehmenden S.A. um den Wert der von der übertragenden Gesellschaft geleisteten Sacheinlage heraufgesetzt werden ¹⁷¹⁾.

Daher hat die aufnehmende S.A. eine außerordentliche HV ihrer Aktionäre einzuberufen, welche über die Kapitalerhöhung und damit zugleich auch über die Verschmelzung beschließen muß ¹⁷²⁾.

Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Beschlüsse richten sich auch hier nach art. 70 ff. L.C.

Bei beiden an der Fusion beteiligten S.A. sind die Aktionäre vor die Frage gestellt, ob sie der Fusion zu den im Verschmelzungsvertrag vorgesehenen Bedingungen zustimmen wollen.

Sofern die Satzung der aufnehmenden S.A. ihren Aktionären ein Bezugsrecht auf Aktien, welche aus einer Kapital-

169) Vgl. BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 171, p. 29 mit Literaturnachweisen.

170) Art. 3 des Gesetzentwurfes der Unterkommission, in: "Travaux de la Commission de Réforme du Code de Commerce et du droit des Sociétés", vol. II, p. 387.

171) RESTEAU, op. cit., tome II, n° 1306, p. 439: "... augmentation du capital de la société réalisée par l'émission d'actions nouvelles libérées des apports en nature".

172) Vgl. VAN RYN, op. cit., tome I, n° 854, p. 509.

erhöhung auf Grund der Leistung von Sacheinlagen stammen, gewährt, müssen die Anteilseigner zugleich mit der Zustimmung zur Verschmelzung auf dies Bezugsrecht zu Gunsten der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft verzichten¹⁷³⁾.

Gemäß art. 71 L.C. müssen die Aktionäre verschiedener Kategorien getrennt abstimmen, auch wenn sie alle zu einer außerordentlichen HV zusammengetreten sind.

Im übrigen gelten laut art. 34 L.C. für die Kapitalerhöhung die gleichen Vorschriften wie im Falle der Gründung einer S.A.

c. Luxemburg.

Keinerlei prinzipieller Unterschied besteht insoweit zwischen dem belgischen und dem luxemburgischen Aktienrecht.

Eine Satzungsänderung, welche die Erhöhung des Gesellschaftskapitals zum Gegenstand hat, vollzieht sich gemäß art. 69 und art. 67 des Gesetzes vom 10.VIII.1915. Hierbei handelt es sich um eine Änderung der Statuten der S.A., bei welcher die Voraussetzungen bezüglich Quorum und Majoritäten, Einberufung und Tagesordnung der HV erfüllt sein müssen, die noch im einzelnen zu erörtern sind.

d. Holland.

Die Übertragung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft auf die aufnehmende N.V. geschieht auch nach holländischem Recht in Form einer Sacheinlage.

Um den Zweck der Fusion zu erreichen, ist die aufnehmende N.V. verpflichtet, im Gegenwert dieser Sacheinlage Aktien auszugeben.

173) Aus der Entscheidung der Cour de LIÈGE, vom 8.VII.1952, in Rev. prat.soc. 1954, p. 32 läßt sich entnehmen, daß ein Bezugsrecht der Aktionäre auch dann anerkannt ist, wenn die Satzung darüber keine Bestimmungen trifft.

Wenn die aufnehmende N.V. nicht eine genügende Anzahl eigener Aktien besitzt, so muß sie eine Kapitalaufstockung in entsprechender Höhe vornehmen.

Die Kapitalerhöhung einer N.V. stellt immer eine Satzungsänderung dar, denn die Höhe des Aktienkapitals, Anzahl und Nennbetrag der ausgegebenen Aktien ist nach art. 36 d WvK notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrages.

Wenn die neuen Aktien der aufnehmenden N.V. aus genehmigtem Kapital stammen, kann die Satzung bestimmen, daß die Verwaltung befugt sein soll, diese Kapitalanteile unabhängig von dem Willen der HV der Aktionäre zu emittieren.

Der Wortlaut des art. 45 I WvK könnte zu der Überlegung verleiten, daß auch eine normale Erhöhung des Gesellschaftskapitals der Kompetenz der HV der Aktionäre entzogen wäre, sofern die Satzung nur entsprechend eindeutige Bestimmungen enthielte. In einem derartigen Fall hätten die Aktionäre der aufnehmenden N.V. weder einen mittelbaren noch einen unmittelbaren Einfluß auf die Durchführung der Fusion.

Die Erhöhung des Aktienkapitals einer N.V. ist jedoch eine solch tiefgreifende Satzungsänderung, daß die Entscheidung hierüber zu dem unantastbaren Bestand von Rechten gehört, die allein der HV der Aktionäre zustehen. Andernfalls wäre die Hauptversammlung, ihres Privilegs, die Satzung zu ändern, beraubt, zu einer lediglich formalen Institution herabgewürdigt ¹⁷⁴⁾.

Soweit die Satzung keine höheren Anforderungen stellt, gelten für diese HV der Aktionäre die Vorschriften der art. 43 f bis 43 h und 45 b WvK.

Wenn die Aktionäre der aufnehmenden N.V. über eine Kapitalerhöhung zum Zwecke der Fusion beschließen, so üben sie zumindest mittelbar einen entscheidenden Einfluß auf diese Maßnahme aus.

174) In diesem Sinn wohl auch VAN OMMESLAGHE, op. cit., n° 142, p. 247 in Verbindung mit n°137, p. 239.

Zwar ist nicht der Fusionsvertrag als solcher, sondern die Kapitalerhöhung Gegenstand der Beschlußfassung. Es kann aber immerhin geschehen, daß eine einflußreiche Aktionärsgruppe die Abänderung einzelner Bestimmungen des Fusionsvertrages, welche ihr ungünstig erscheinen, zur Voraussetzung für die Zustimmung zu der geplanten Kapitalerhöhung macht. Wenn sich die Verwaltung dieser Forderung beugen muß, läßt sich ohne weiteres von einem unmittelbaren Einfluß der Aktionäre der aufnehmenden N.V. auf die Verschmelzung sprechen.

e. Italien.

Soweit nicht der Sonderfall vorliegt, daß die aufnehmende S.p.A. bereits vor der Verschmelzung alleinige Aktionärin der übertragenden Gesellschaft war, muß die aufnehmende S.p.A. ihr Aktienkapital erhöhen, wenn sie nicht in genügendem Umfang über eigene Aktien verfügt. In den meisten Fällen existiert bei der aufnehmenden S.p.A. nicht genügend bereits genehmigtes Kapital, so daß die außerordentliche HV der Aktionäre eine entsprechende Kapitalerhöhung beschließen muß¹⁷⁵⁾. Die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden S.p.A. schafft die Aktien, welche als Gegenleistung für die von der übertragenden Gesellschaft erbrachte Sacheinlage dient. Diese Aktien haben ausschließlich den Zweck, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, die infolge der Verschmelzung ihre Mitgliedschaftsrechte einbüßen, kapitalmäßig an der aufnehmenden S.p.A. zu beteiligen. Die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden S.p.A. ist daher durch die Fusion bedingt.

Die Erhöhung des Gesellschaftskapitals bei der aufnehmenden S.p.A. macht eine Bewertung der eingebrachten Sacheinlagen erforderlich.

175) Nach FIORENTINO, aaO., p. 647, bleibt, wenn keine Satzungsänderung erforderlich ist, die ordentliche HV der Aktionäre zuständig.

Das Gesetz sieht in art. 2440 Codice Civile, der auf den art. 2343 Codice Civile verweist, ein besonderes Verfahren vor ¹⁷⁶⁾.

Nach heute herrschender Ansicht können aber diese Vorschriften auf die Verschmelzung nicht angewandt werden ¹⁷⁷⁾.

Ebenso wie die übertragende Gesellschaft ist auch die aufnehmende S.p.A. verpflichtet, der HV ihrer Aktionäre, welche über die Fusion beschließen soll, einen genauen Bericht über ihre Vermögenslage zu geben. Das folgt aus art. 2502 Codice Civile.

Hieraus geht aber hervor, daß der HV der Aktionäre nicht nur der Antrag auf Erhöhung des Grundkapitals, sondern auch das Projekt der Fusion unmittelbar zur Beschlußfassung vorgelegt werden muß.

Im Regelfall sind beide Anträge miteinander verbunden und werden von der gleichen außerordentlichen HV der Aktionäre beschieden.

Damit nun aber die "jungen" Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausgegeben werden können, muß die HV der Aktionäre der aufnehmenden S.p.A. gleichzeitig das Bezugsrecht für diese Aktien ausschließen.

Nach art. 2441 III Codice Civile ist bei Kapitalerhöhungen auf Grund von Sacheinlagen der Ausschluß des Bezugsrechts zulässig, wenn das Interesse der S.p.A. dies erfordert ¹⁷⁸⁾.

176) Tribunale di ROMA, vom 8.III.1949, in Foro it. 1949 I 614 wollte diese Vorschriften bei der Fusion noch angewendet wissen.

177) FERRI, in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung, Foro it. 1949 I 616: "L'aumento del capitale sociale, quando sia necessario per l'attuazione della fusione, non ha una sua autonomia e non può pertanto essere separatamente considerato e regolato". Ebenso GUERRA, aaO., p. 97. Corte di Cassazione, vom 10.X.1955, oben zitiert: "L'autorità giudiziaria non può sindacare le condizioni in base alle quali la fusione è stata deliberata dalle società".

178) Vgl. Tribunale di ROMA, vom 23.III.1962, in Foro it. 1962, I 804, 805.

Ein solches Interesse ist aber nachgewiesen, wenn die Verschmelzung selbst der aufnehmenden S.p.A. zum Vorteil gereicht.

Sofern die Aktionäre dieser Gesellschaft die Fusion billigen, müssen sie daher konsequenterweise zusammen mit dem Beschluß über die Kapitalerhöhung auch das Bezugsrecht für die neu geschaffenen Aktien ausdrücklich ausschließen.

f. Deutschland.

Nach § 234 I, Satz 2 AktG bedarf es bei der aufnehmenden AG eines Beschlusses der HV der Aktionäre über die Verschmelzung nur dann nicht, wenn der Gesamtnennbetrag der auszugebenden neuen Anteile 10 % des Grundkapitals nicht übersteigt.

Der Verschmelzungsbeschluß der HV der Aktionäre ist begrifflich von dem Beschluß über die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden AG streng zu trennen, weil die Gegenstände der Beschlüsse verschieden sind ¹⁷⁹⁾.

Das gilt auch dann, wenn, wie es in der Praxis üblich ist, diese Beschlüsse von der gleichen HV der Aktionäre gefaßt werden. Die Einzelheiten der Durchführung der HV der Aktionäre unterscheiden sich von der HV der Anteilseigner bei der übertragenden Gesellschaft in einem wesentlichen Punkt.

Gemäß § 234 II, Satz 2 AktG können nach der Satzung der aufnehmenden AG für den Beschluß der HV ihrer Aktionäre über die Verschmelzung geringere Anforderungen an die notwendige Majorität gestellt werden, als sie nach § 234 II, Satz 1 AktG für die HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zwingend vorgeschrieben sind.

179) Vgl. BÖTTCHER-MEILICKE, § 237, Anm. 4.
Der Beschluß über die Kapitalerhöhung ist in jedem Fall ein satzungsändernder Beschluß; der Beschluß über die Verschmelzung muß dies nicht notwendigerweise sein.

Durch eine entsprechende Satzungsbestimmung, die gemäß § 149 I, Satz 2 AktG zulässig ist, kann auch die Kapitalmehrheit, welche für den Beschluß der HV der Aktionäre über eine für die Verschmelzung erforderliche Kapitalerhöhung nötig ist, durch eine geringere Kapitalmehrheit ersetzt werden. Da § 153 AktG bei der Verschmelzung durch § 237 AktG ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt ist, bedarf es für die von der aufnehmenden AG zu gewährenden Aktien keiner förmlichen Ausschließung des Bezugsrechts.

Sämtliche Beschlüsse, die von der HV der Aktionäre der aufnehmenden AG im Zusammenhang mit der Fusion gefaßt werden, können daher auf Grund der Satzung mit der Zustimmung der einfachen Kapitalmehrheit zustande kommen¹⁸⁰⁾.

Soweit die Regeln der §§ 150 ff. AktG, welche für die Anmeldung und die Durchführung der Kapitalerhöhung gelten, mit den besonderen Bedingungen der Verschmelzung nicht in Einklang stehen, sind sie durch § 237 AktG für unanwendbar erklärt.

II. Die neugegründete Gesellschaft.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Formen der Verschmelzung liegt darin, daß bei der Fusion durch Neubildung die aufnehmende AG erst infolge der Verschmelzung geschaffen wird.

Daher ist es nicht nur in Frankreich ein entscheidendes Merkmal der "fusion par combinaison"¹⁸¹⁾, daß eine S.A. gegründet wird.

180) Vgl. BÖTTCHER-MEILICKE, § 234, Anm. 30.

181) Siehe auch Décret vom 7.XII.1954, DALLOZ, Bulletin Législativ, 1954, p. 1056.

1. Die Gründer der neuen AG.

In Frankreich finden mit einer einzigen Ausnahme alle Gründungsvorschriften des Gesetzes vom 24.VII.1867 Anwendung¹⁸²⁾.

Die Ausnahme besteht darin, daß die fusionierenden Gesellschaften die zivilrechtliche Haftung, die Mitglieder der beteiligten Exekutivorgane der S.A. die strafrechtliche Haftung für den Fall der Unwirksamkeit der Fusion tragen¹⁸³⁾.

Im Regelfall beauftragt der "conseil d'administration" jeder der beteiligten S.A. eines seiner Mitglieder oder einen besonderen Vertreter mit der Erledigung der notwendigen Formalitäten.

Nach Maßgabe des art. 23 des Gesetzes vom 24.VII.1867 sind zur Gründung einer S.A. wenigstens sieben Rechtssubjekte erforderlich. Mindestens eines davon muß dem Gesetz vom 4.III.1943 zufolge eine natürliche Person sein, um die Funktion des "président directeur général" übernehmen zu können.

Selbst wenn der äußerst seltene Fall einträte, daß sieben S.A. zu einer neuen Gesellschaft fusionieren wollten, so müßte sich zusätzlich eine natürliche Person unter den Gründern finden. Geht man von dem Regelfall aus, daß zwei S.A. fusionieren, so ergibt sich die Notwendigkeit, noch fünf weitere Gründer zu finden.

Je nachdem, ob diese Gründer Sach- oder Bareinlagen erbringen, wird eine entsprechende Anzahl von Aktien der neuen S.A. für sie reserviert. Die neue S.A. wird von den fusionierenden Gesellschaften, nicht von deren Aktionären, errichtet. Daher werden letztere auch erst mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung Anteilseigner der neuen Gesellschaft.

182) MOREAU, op. cit., n° 803, p. 1039.

183) Vgl. MOREAU, op. cit., no 808, p. 1043.

Zur Vereinfachung der Fusion ist in der Literatur die Forderung nach einer "lex specialis" zu den Gründungsvorschriften laut geworden ¹⁸⁴⁾.

Danach sollten die fusionierenden S.A. instand gesetzt werden, im Falle der Fusion durch Neugründung ohne Hinzuziehung weiterer Rechtssubjekte eine neue S.A. zu gründen.

Praktisch ist aber die Frage nicht sehr bedeutsam, denn "actionnaires supplémentaires", die nötig sind, um die Zahl von sieben Gründern voll zu machen, werden regelmäßig unter solchen Personen ausgewählt, die als Mitglieder des "conseil d'administration" der neuen S.A. vorgesehen sind. Alle Personen, welche diesem Gremium angehören, müssen eine von der Satzung vorgeschriebene Anzahl von Aktien der neuen Gesellschaft erwerben ¹⁸⁵⁾.

Diese Aktien werden als eine Art Garantieleistung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte angesehen, und von den einzelnen Mitgliedern des "conseil d'administration" vor ihrem Amtsantritt bei der Gesellschaft hinterlegt ¹⁸⁶⁾. Für die Dauer des Mandats bleiben diese, auch "actions de garantie" genannten Anteile gesperrt.

Sofern bei der Gründung in die neue S.A. auch Bareinlagen eingebracht werden, müssen hierfür "actions en numéraire" ausgegeben werden. Diese Bareinlagen werden regelmäßig von den an der Gründung beteiligten natürlichen Personen eingebracht ¹⁸⁷⁾.

Die "actions en numéraire" müssen voll gezeichnet und in Höhe von mindestens einem Viertel des Nennbetrages eingezahlt werden. Vor der Emission dieser Aktien sind die geleisteten Bareinlagen zu hinterlegen. Die Gründer sind verpflichtet, eine entsprechende notarielle Erklärung hierüber abzugeben ¹⁸⁸⁾.

184) Vgl. BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 29, p. 6.

185) MOREAU, op. cit., n° 815, p. 1052.

186) art. 26 Loi vom 24.VII.1867.

187) MOREAU, op. cit., n° 807, p. 1042.

188) MARTIN, op. cit., p. 31, sieht darin eine berechnigte Schutzmaßnahme.

Alle diese Formerfordernisse entfallen, wenn das Kapital der neuen Gesellschaft ausschließlich durch Sacheinlagen aufgebracht worden ist. Dabei ist es durchaus denkbar, daß der "apport en nature" auch Bargeld umfaßt, e.g. in Form des Kassenbestandes einer der fusionierenden S.A. Der Einlagenbestandteil "Kasse" läßt sich aber nicht von der gesamten Einlage getrennt betrachten, denn die Aktien werden nur für die gesamte Einlage, nicht für einen Bestandteil gesondert gezeichnet.

In aller Regel kann man bei einer "fusion par combinaison" davon ausgehen, daß die Satzung der neuen S.A., wenn nicht in ihren letzten Einzelheiten, so doch in ihren wesentlichen Bestimmungen, bei Abschluß des Fusionsvertrages feststeht. Die Feststellung der Satzung durch die Gründer ist daher reine Formsache ¹⁸⁹⁾.

Ebenso wie in Frankreich wird auch in Belgien die Mitwirkung von wenigstens sieben Rechtssubjekten bei der Gründung einer S.A. verlangt, art. 29 alinéa 1 L.C. Im Falle der Fusion durch Neugründung sollen aber die beiden fusionierenden S.A. als Gründer genügen ¹⁹⁰⁾, vorausgesetzt, daß sie jeweils wenigstens sieben Aktionäre haben.

Dadurch ist gewährleistet, daß die neue S.A. im Augenblick der Aufnahme ihrer Tätigkeit ihrerseits über mindestens sieben Anteilseigner verfügt.

Die Gründergesellschaften erlöschen, wenn die Fusionswirkungen eintreten, und an ihre Stelle treten als Anteilseigner der neuen S.A. die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften.

Bei der engen Verwandtschaft zwischen dem luxemburgischen und belgischen Gesellschaftsrecht könnte die Annahme naheliegen, auch in Luxemburg gelte der Grundsatz, daß die neue S.A. bei Aufnahme ihrer Tätigkeit wenigstens sieben Aktionäre zählen muß.

189) MOREAU, op. cit., no 807, p. 1042.

190) Hierzu eingehend RESTEAU, op. cit., tome I, n° 218, p. 152: "Il suffira que l'acte authentique mentionne l'existence du nombre légal d'associés".

Zwar verlangt art. 26 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 ausdrücklich, daß an der Gründung einer S.A. wenigstens sieben Rechtssubjekte mitwirken müssen. Insofern wäre es also erforderlich, daß bei der Fusion durch Neugründung neben den übertragenden Gesellschaften auch noch eine entsprechende Anzahl natürlicher Personen beteiligt sein müßten.

Die Frage ist indessen nicht sehr bedeutsam, weil bei der Gründung einer S.A. die Mitglieder des künftigen "conseil d'administration" Kapitalanteile ¹⁹¹⁾ erhalten und somit die vom Gesetz geforderte Gründerzahl un-
schwer erfüllt wird.

Das holländische Aktienrecht schreibt bei der Gründung einer N.V. im Gegensatz zu den Rechten der übrigen Mitgliedstaaten der EWG, keine Mindestzahl der Gründer vor. Da die Gründung einer N.V. auf einem Gesellschaftsvertrag beruht, bedarf es wenigstens zweier Rechts-
subjekte; bei der Fusion durch Neugründung genügt es daher, wenn die an der Fusion beteiligten, übertragenden Gesellschaften als Gründer der neuen N.V. auftreten.

Der Verschmelzungsvertrag und der Gesellschaftsvertrag der neuen N.V. kann also mit den gleichen Beteiligten, nämlich allein zwischen den übertragenden Gesellschaften abgeschlossen werden.

Die durch die Verschmelzung bedingte Gründung der aufnehmenden N.V. ist eine Sachgründung, wenn die eingebrachten Vermögen der übertragenden Gesellschaften die einzigen Einlagen darstellen. Bereits bei der Gründung der N.V. tritt dann der Fall ein, daß "maatschapelijk, geplaatste" und das "gestorte kapitaal" identisch ist, also das Nominalkapital der Gesellschaft nicht nur gänzlich gezeichnet ist, sondern auch die Einlagen in voller Höhe erbracht sind.

191) Es handelt sich hierbei regelmäßig um Namensaktien, vgl. art. 54 des Gesetzes vom 10.VIII.1915.

Mit dem Inkrafttreten der Satzung der aufnehmenden N.V. muß zugleich die Funktionsfähigkeit dieser durch die Fusion neu entstandenen Gesellschaft dadurch sichergestellt werden, daß nach Maßgabe des art. 48 WvK ein Vorstand bestellt wird.

Die erste Voraussetzung für die Gründung einer "società per azioni" ist der Gesellschaftsvertrag, der zumeist auch die Satzung der künftigen Gesellschaft enthält. Zur Gründung genügen zwei Personen.

Die Gründung einer S.p.A. gemäß art. 2325 Codice Civile setzt voraus, daß die eingebrachten Sacheinlagen nach art. 2343 Codice Civile von einem durch das zuständige Landgericht bestellten Sachverständigen überprüft werden.

Bei der Fusion durch Neugründung findet eine derartige Prüfung nicht statt.

Die fusionierenden Gesellschaften reichen, zugleich mit der Anmeldung der HV-Beschlüsse über die Verschmelzung, bei den jeweils zuständigen Unternehmensregistern die Fusionsbilanzen ein.

Eine gerichtliche Nachprüfung der materiellen Bewertung der einzelnen Vermögenspositionen geschieht nur auf Grund eines besonderen Antrags einzelner Gesellschafts-gläubiger¹⁹²⁾.

Da der Fusions- und der Gründungsvertrag der neuen S.p.A. von den gleichen Voraussetzungen ausgeht, kann die Bestätigung (omologazione) der HV-Beschlüsse der übertragenden Gesellschaften nicht von der Bestätigung des Gründungsvertrages der neuen S.p.A. abweichen¹⁹³⁾.

Diese "omologazione" des Gerichts ist das Ergebnis einer Nachprüfung der eingereichten Urkunden auf das rechtmäßige Zustandekommen der beurkundeten Maßnahmen (omologazione della legittimità). Bevor es die Eintragung

192) FERRI, in Foro it. 1949 I 616, Anmerkung, n° 4:
"Quando le due società siano concorde e quando i creditori di esse acconsentano espressamente o tacitamente nessuno sindacato è possibile da parte dell'autorità giudiziaria o di altri".

193) So FERRI, in Foro it. 1949 I 616, Anmerkung, n° 5.

im Unternehmensregister anordnet, hat das Landgericht diese Prüfung vorzunehmen.

Obgleich die Beschlüsse der HV der Aktionäre der Übertragenden Gesellschaften unabhängig von dem Verschmelzungsvertrag beim Unternehmensregister zur Eintragung eingereicht werden, stellen sie nicht hinweg zu denkende Wesenselemente für die Wirksamkeit des Vertrages dar.

Um die Verschmelzung durch Neubildung zu erleichtern, hat der deutsche Gesetzgeber davon abgesehen, die Beachtung aller Vorschriften über die Gründung einer AG, insbesondere über die Gründungsprüfung zu verlangen ¹⁹⁴⁾. So gilt e.g. § 2 AktG nicht, denn es genügt, wenn die Übertragenden Gesellschaften als Gründer der neuen AG im Sinne von § 21 AktG auftreten ¹⁹⁵⁾.

2. Die Gründungshauptversammlungen bei der neuen AG.

Für das französische Aktienrecht gilt folgendes :

Wenn das Kapital der neuen S.A. durch Sacheinlagen aufgebracht ist - und das ist bei der Fusion durch Neugründung der Fall, wenn man von den Bareinlagen der an der Gründung möglicherweise beteiligten natürlichen Personen absieht - schreibt art. 4 des Gesetzes vom 24.VII. 1867 eine Bewertung der "apports en nature" vor.

Die von den Verwaltungen der an der Fusion beteiligten S.A. einberufene erste HV der neuen Gesellschaft hat daher die "commissaires vérificateurs" zu bestellen.

Soweit es sich um eine S.A. "faisant appel à l'épargne public" handelt, muß nach art. 33 des Gesetzes vom 24.VII.1867 unter den Gründungsprüfern ein Sachverständiger sein, der von einer besonderen Kommission ernannt wird ¹⁹⁶⁾. Ein solcher Fall ist bei der Fusion allerdings recht unwahrscheinlich.

194) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 zu § 247.

195) Siehe auch BÖTTCHER-MEILICKE, § 247, Anm. 15 u. 16.

196) Diese Kommission wird bei der zuständigen Cour d'appel gebildet.

Die neue S.A. kann erst dann endgültig errichtet werden, wenn eine zweite HV der Gründer, dem Prüfungsbericht über die Bewertung der Sacheinlagen zugestimmt hat. Dabei darf jeweils die Übertragende S.A. nicht über die Bewertung der von ihr eingebrachten Sacheinlage mitabstimmen. Die Mehrheitsverhältnisse regelt art. 4 alinéa 4 des Gesetzes vom 24.VII.1867.

Es ist umstritten, ob bei der "fusion par combinaison" überhaupt eine Bestätigung der Einlagenprüfung stattfinden muß ¹⁹⁷⁾, da wegen des Übergewichts der fusionierenden Gesellschaften in der Gründungshauptversammlung der neuen S.A. diese Maßnahme ohnehin nur formalen Charakter haben könne ¹⁹⁸⁾.

Aus dem klaren Wortlaut des art. 4 des Gesetzes vom 24.VII.1867 ergibt sich aber, daß eine zweite Gründungshauptversammlung stattfinden muß. Eine Bestätigung der Einlagenprüfung, auch wenn sie nur eine reine Formsache ist, ist allein schon aus Gründen der Sicherheit für die künftigen Aktionäre der neuen S.A. gerechtfertigt ¹⁹⁹⁾.

Mit der Wahl des ersten "conseil d'administration" der neuen S.A. und der "commissaires aux comptes" für das erste Geschäftsjahr ist der Gründungsvorgang der neuen Gesellschaft abgeschlossen ²⁰⁰⁾.

Jedes Mitglied des neuen "conseil d'administration" muß allerdings mindestens 6 Monate als "administrateur" in einer der fusionierenden Gesellschaften tätig gewesen sein.

197) Näheres bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 96 - 98, p. 17.

198) MOREAU, op. cit., n° 807, p. 1042.

199) So auch HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 766, p. 891 am Ende; ebenso MARTIN, op. cit., p. 34.

200) Der "conseil d'administration" wählt seinen Präsidenten, welcher seinerseits die Direktoren bestellt und nachprüft, ob jedes Mitglied des "conseil d'administration" bei Aufnahme seiner Tätigkeit im Besitz der von der Satzung vorgeschriebenen Anzahl von Aktien der neuen S.A. ist.

Der art. 33 L.C. macht es nach belgischem Recht der Gründungshauptversammlung zur Pflicht, darauf zu achten, daß die Bestimmungen des art. 29 L.C. erfüllt sind. Eine Nachprüfung der geleisteten Sacheinlagen gehört nicht zu den Erfordernissen des art. 29 L.C.

Allerdings können auf Grund des art. 29bis L.C., der durch art. 1 des Gesetzes vom 30.VI.1961 eingeführt wurde, auf Antrag der Gründer vom Präsidenten des zuständigen Handelsgerichts besondere Prüfer bestellt werden ²⁰¹⁾.

Wenn die Gründungshauptversammlung dem Bericht dieser Prüfer zustimmt, wird die Gründung der neuen S.A. für vollzogen erklärt.

Ebensowenig wie das luxemburgische sieht das holländische und das italienische Aktienrecht eine Nachprüfung der Sacheinlagen durch die Gründungshauptversammlung vor. In Italien ist eine Bewertung der Sacheinlagen erforderlich, welche das zuständige Landgericht bestätigen muß, bevor die Eintragung der neuen S.p.A. in das "registro delle imprese" erfolgen kann.

Auch nach deutschem Recht ist bei der Verschmelzung durch Neubildung eine Gründungshauptversammlung zur Nachprüfung der eingebrachten Sacheinlagen nicht erforderlich.

201) VAN OMMESLAGHE, "Le contrôle de la constitution des S.A. en droit belge", in Revue de Droit International et de Droit Comparé 1962, p. 214: "Lorsque les apports en nature sont effectués au moment de la constitution de la société, la vérification des apports est confiée à un réviseur d'entreprise indépendant qui doit déposer un rapport complet et circonstancié, entouré d'une grande publicité".

§ 7. DIE LIQUIDATION DER ÜBERTRAGENDEN GESELLSCHAFT UND DAS WIRKSAMWERDEN DER FUSION.

Die Schlußphase, in welche die Übertragenden Gesellschaften vor ihrem Erlöschen bei der Fusion eintreten, ist in den einzelnen Aktienrechten der Staaten des Gemeinsamen Marktes unterschiedlich ausgestaltet.

I. Die Liquidation im strengen Sinne.

Eine Liquidation "stricto sensu" der Übertragenden Gesellschaft kennt bei der Verschmelzung von N.V. lediglich das holländische Aktienrecht. Dennoch sind auch hier die starren Grundsätze der formellen Abwicklung einer N.V. zugunsten der praktischen Durchführung der Fusion gelockert.

Die Auflösung der Übertragenden Gesellschaft wird mit der Erteilung der ministeriellen Unbedenklichkeitsbescheinigung wirksam.

Die aufgelöste Gesellschaft geht in Liquidation, bleibt aber gemäß art. 55 c WvK als Rechtspersönlichkeit für die Belange der Liquidation erhalten ²⁰²⁾.

In der Regel bestimmt die HV der Aktionäre in dem Beschluß über die Auflösung der Gesellschaft zugleich auch deren Liquidatoren. Nach der Satzung können die Mitglieder des Vorstands der Gesellschaft allerdings auch von vornherein zu deren Liquidatoren bestellt sein.

Die Aufgabe der Liquidatoren ist dreifach. Soweit erforderlich, haben sie die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen. Die Hauptaufgabe nach dem Verschmelzungsvertrag besteht jedoch darin, das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft auf die aufnehmende oder neue N.V. zu übertragen und die von dieser gewährten Aktien an die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft weiterzuleiten. Die auf sie entfallenden Aktien werden den

202) FREDERICO, op. cit., tome VI, n^o 929, p. 1341.

Aktionären der aufgelösten Gesellschaft in Form eines Liquidationsbonus ausgefolgt.

Die aufgelöste Gesellschaft kann einen derartigen Liquidationsbonus nur ausschütten, wenn sie zuvor an den Aktien der übernehmenden N.V. Eigentum erworben hat. Hier ergibt sich eine neue Schwierigkeit, denn art. 56 c und 56 d WvK schreiben vor, daß Liquidationsausschüttungen nur in Form von Bargeld vorgenommen werden dürfen.

Die Fusion wäre aber unmöglich gemacht, wollte man mit der Liquidation im Sinne des Gesetzes fortfahren und den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft den mit der Veräußerung der restlichen Aktiva erzielten Liquidationserlös ausschütten ²⁰³⁾.

Aus diesem Grund muß zugleich in dem Auflösungsbeschluß der HV die Zustimmung der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft gesehen werden, auf die Ausschüttung eines Liquidationserlöses zu verzichten und statt dessen durch die Ausgabe von Aktien an der aufnehmenden N.V. beteiligt zu werden.

Nach art. 56 e WvK haben die Liquidatoren am Ende ihrer Tätigkeit dem Handelsregister einen Abschlußbericht vorzulegen. Nach holländischem Recht ist es nicht die Aufgabe der HV der Aktionäre, die Beendigung der Abwicklung einer N.V. festzustellen. Die Liquidation gilt als beendet, wenn innerhalb der Einspruchsfrist gegen den Rechenschaftsbericht der Liquidatoren keine Einwendungen erhoben worden sind. Mit der Eintragung der Beendigung der Liquidation in das Handelsregister erlischt die aufgelöste Gesellschaft ²⁰⁴⁾.

203) Vgl. hier SANDERS, aaO., p. 3/4.

204) Vgl. FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 931, p.1343, 1344.

HAARDT, aaO., p. 1 meint allerdings, die aufgelöste Gesellschaft müsse in dem Augenblick erlöschen, in welchem an ihren letzten Aktionär die auf ihn entfallende Anzahl von Aktien der aufnehmenden N.V. behändigt worden sei. In diesem Zeitpunkt ist zwar die Verschmelzung beendet, doch ist das Erlöschen der aufgelösten Gesellschaft eine Folge der Fusion und kann daher zeitlich später liegen.

II. Die Fusion ohne Liquidation der Übertragenden AG.

Ganz im Gegensatz zu der Regelung des WvK steht das Verfahren nach italienischem, vor allem aber nach deutschem Aktienrecht.

In Italien wird auf die formelle Auflösung der Übertragenden Gesellschaft und damit auch auf ihre Liquidation verzichtet. Zwar ist im Codice Civile eine ausdrückliche Vorschrift dieser Art nicht enthalten ²⁰⁵⁾, doch ergibt sich die Tatsache, daß eine förmliche Liquidation überflüssig ist schon allein aus dem Umstand, daß die S.p.A. augenblicklich erlischt, wenn sie aufhört, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein ²⁰⁶⁾.

Das Aktienrecht in Deutschland geht noch einen Schritt weiter. Die Liquidation der Übertragenden Gesellschaft ist bei der Verschmelzung von AG durch § 233 AktG ausdrücklich verboten. Daher findet zum Zwecke der Fusion auch keine formelle Auflösung der Übertragenden Gesellschaft statt.

Wenn die Gesellschaft bereits aufgelöst war, so steht dies der Verschmelzung allerdings auch nicht entgegen, sofern mit der Liquidation noch nicht begonnen worden ist ²⁰⁷⁾.

Im übrigen fällt der Zeitpunkt der Auflösung der Übertragenden Gesellschaft mit dem ihres Erlöschens zusammen ²⁰⁸⁾.

205) Nach art. 189 Codice di Commercio war die formelle Auflösung bei der Fusion unvermeidbar.

206) Vgl. hierzu eingehend MOSSA, op. cit., vol. IV, p. 581 und FIORENTINO, aaO., p. 638.

207) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 10 zu § 233; siehe auch § 327 II Reg.E., denn im Stadium der Auflösung kann die Fortsetzung der AG noch beschlossen werden.

208) BÖTTCHER-MEILICKE, § 240, Anm. 28.

III. Die "liquidation sans partage".

Der französische Gesetzgeber hat die Liquidation von Aktiengesellschaften normativ nicht geregelt ²⁰⁹⁾.

Für die Belange der Abwicklung, die in den Händen der Liquidatoren liegt, bleibt die S.A. als Rechtspersönlichkeit in vollem Umfang bestehen ²¹⁰⁾.

Bei der Liquidation einer S.A. infolge einer Fusion handelt es sich nicht um die übliche Form der Abwicklung, sondern um eine "liquidation sans partage". Die Hauptaufgabe der Liquidatoren besteht darin, die Aktien, welche die neue S.A. emittiert, nach Maßgabe des im Fusionsvertrag vereinbarten Umtauschverhältnisses an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaften weiterzugeben.

Da die Liquidation von Aktiengesellschaften gesetzlich nicht geregelt ist, herrscht über die Bestimmung des Zeitpunktes der "clôture de la liquidation" Unsicherheit ²¹¹⁾.

Hierauf braucht jedoch im einzelnen nicht näher eingegangen zu werden ²¹²⁾, denn die Beendigung der durch die Fusion bedingten "liquidation sans partage" tritt spätestens dann ein, wenn die Liquidatoren der aufgelösten

209) Vgl. hierzu die eingehende Stellungnahme von BASTIAN, "la survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation", in Journal des Sociétés 1937, p. 1 ff. und p. 65 ff.

210) Mittlerweile völlig herrschende Meinung. Vgl. HAMEL, et LAGARDE, op. cit., n° 765, p. 890; Cour de Cassation, vom 21.VII.1932, in SIREY 1935, 1, 310; Cour de Cassation vom 16.VI.1952, in DALLOZ, Jurisprudence 2953, p. 509; Cour de Cassation vom 27.I. 1953, in DALLOZ, Jurisprudence 1953, p. 236; neuerdings wurde diese Ansicht wieder bestätigt durch Cour de Cassation, vom 13.II.1963, in DALLOZ, 1963 Sommaires, p. 95.

211) Vgl. statt aller VERDIER, in Encyclopédie DALLOZ, Sociétés, "Liquidation", n° 268 suiv., p. 489.

212) Im Normalfall wird die Liquidation durch einfachen Beschluß der HV der Aktionäre beendet. Vgl. auch VERDIER, Encycl. DALLOZ, "Liquidation", n° 269, p. 489 und n° 275, p. 490.

Gesellschaft an deren Aktionäre die Aktien der neuen S.A. ausgegeben haben ²¹³⁾).

Nur bis zu diesem Zeitpunkt wird auch die Existenz der aufgelösten Gesellschaft als "pour les besoins de la liquidation" fortbestehend fingiert.

Wenngleich in Unterschied zu Frankreich die Liquidation von S.A. in Belgien gesetzlich geregelt ist, ergeben sich für die Abwicklung bei der Fusion keine divergierenden Gesichtspunkte.

Sobald die Verschmelzung von den Aktionären und den Inhabern von "parts bénéficiaires" der übertragenden Gesellschaft genehmigt ist, löst diese sich auf und geht gemäß art. 178 L.C. in Liquidation. Obwohl Aktiva und Passiva der übertragenden Gesellschaft im Wege der "transmission à titre universel" auf die neue oder aufnehmende Gesellschaft übergegangen sind, gilt die aufgelöste Gesellschaft als "reputée exister pour les besoins de la liquidation" ²¹⁴⁾. Dennoch ist auch nach belgischem Aktienrecht die Abwicklung, welche sich an die vorzeitige Auflösung der übertragenden Gesellschaft anschließt, keine Liquidation im eigentlichen Sinne. Weder wird den Aktionären ihre Einlage zurückgewährt, noch das Vermögen der übertragenden Gesellschaft zu Geld gemacht. Es fehlen also die charakteristischen Merkmale der Liquidation.

Vielmehr trifft der dem französischen Recht entstammende Begriff der "liquidation sans partage" als einer durch die Verschmelzung bedingten Sonderform der Liquidation zu, deren wesentlicher Zweck die Verteilung der neugeschaffenen Aktien der aufnehmenden oder neuen S.A. an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft ist. Üblicherweise werden die Stücke der aufgelösten Gesellschaft zugeleitet, deren Liquidatoren sie an die Aktionäre weitergeben.

213) Vgl. BASTIAN, aaO., in Journal des Sociétés, 1937, p. 66/67 mit weiteren Literaturhinweisen.

214) Vgl. VAN RYN, op. cit., tome I, n° 856, p. 510; ebenso RESTEAU, op. cit., tome IV, n° 1842, p. 91. Cour de Cassation, vom 22.III.1962, in Rev.crit. jur. belge 1963, p. 42.

Die Liquidation der übertragenden Gesellschaft als Folge der Verschmelzung ist nicht etwa deshalb unumgänglich, weil die aufgelöste Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt noch Schulden hat oder weil es sich bei der Vermögensübertragung auf die aufnehmende S.A. um eine von den Gesellschaftsgläubigern zu genehmigende "cessation des dettes" handelt. Vielmehr ist eine Liquidation der aufgelösten Gesellschaft deshalb erforderlich, weil art. 178 L.C. keine Ausnahme von dem Grundsatz zuläßt, daß auf die Auflösung einer S.A. eine Liquidation zu folgen hat.

Bei der Abwicklung einer Gesellschaft, die nicht durch eine Fusion bedingt ist, sind für die "clôture de la liquidation" gemäß art. 188 L.C. üblicherweise zwei HV der Aktionäre nötig. Die erste nimmt den Bericht der Liquidatoren entgegen und bestellt "commissaires", welche diesen Bericht zu prüfen haben ²¹⁵⁾.

Danach ist eine zweite HV der Aktionäre einzuberufen, welche diesem Prüfungsbericht ihre Zustimmung erteilen muß, bevor sie die Beendigung der Abwicklung beschließt. Bei der durch die Verschmelzung bedingten Liquidation einer S.A. bedarf es dagegen nur einer HV der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft, denn Gegenstand des Berichts der Liquidatoren und der "commissaires" ist allein die Feststellung, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ordnungsgemäß übertragen und die Emission der Aktien der aufnehmenden S.A. abgeschlossen ist.

Bei der durch die Verschmelzung bedingten Liquidation der übertragenden Gesellschaft zeigt es sich, daß letztere nach der Übertragung ihrer Aktiva und Passiva auf die aufnehmende S.A. über keinerlei Vermögen mehr verfügt ²¹⁶⁾.

215) Vgl. auch Cour de BRUXELLES, vom 7. VII. 1955, in J.P.A. 1956, p. 25.

216) VAN RYN - HEENEN, op. cit., tome II, n° 1048, p. 103.

Das ergibt sich aus der Anerkennung der "transmission à titre universel" als eines Rechtsinstituts "sui generis". Wenn die Aktien der aufnehmenden S.A. an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft ausgegeben worden sind, besteht für eine Fortsetzung der Liquidation kein Grund mehr. Daher steht dem Erlöschen der aufgelösten Gesellschaft nunmehr nichts mehr im Wege ²¹⁷⁾. Nur wenn man das Prinzip der "transmission à titre universel" bei der durch die Fusion bedingten Liquidation der aufgelösten Gesellschaft bejaht, läßt sich die Feststellung der Cour de Cassation, "...la liquidation, pour être terminée, ne doit pas nécessairement aboutir au désintéressement complet de tous les créanciers", verstehen ²¹⁸⁾.

Auch nach luxemburgischen Recht ist eine Liquidation der Übertragenden Gesellschaft erforderlich.

Die Hauptaufgabe der Liquidatoren besteht jedoch darin, die Aktien der neuen oder aufnehmenden S.A. an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft auszufolgen und die alten Anteile an der Übertragenden Gesellschaft einzuziehen.

Die Beendigung der Liquidation nimmt die HV der Aktionäre formell zur Kenntnis und bestellt Prüfer zur Kontrolle der ordnungsgemäßen Abwicklung der aufgelösten Gesellschaft. In einer zweiten HV bestätigen die Aktionäre durch die Billigung des Prüfungsergebnisses gemäß art. 151 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 die Beendigung der Liquidation. Damit ist die Gesellschaft erloschen.

217) Bei der normalen Abwicklung erlischt die aufgelöste S.A. spätestens 5 Jahre, nachdem die Beendigung der Liquidation bekannt gemacht worden ist; Cour de Cassation, vom 22.III.1962, in Rev. crit. jur. belge 1963, p. 42.

218) So Cour de Cassation vom 22.III.1962, aaO.

IV. Das Wirksamwerden der Fusion.

Der Zeitpunkt, an dem die Fusionswirkungen eintreten, ist nach den Aktienrechten der einzelnen Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes verschieden zu beurteilen.

In Frankreich, Belgien und Luxemburg herrscht eine praktisch übereinstimmende Regelung.

Üblicherweise ist hier im Verschmelzungsvertrag ein Zeitpunkt vereinbart, von dem an die Verschmelzung - meist rückwirkend - in Kraft treten soll.

Allerdings kann eine derartige Vereinbarung nur zwischen den Parteien des Fusionsvertrages Wirksamkeit entfalten. Demnach gelten alle Rechtsgeschäfte von diesem Zeitpunkt an als solche der aufnehmenden oder neuen S.A., auch wenn sie tatsächlich von den noch nicht erloschenen, übertragenden Gesellschaften vorgenommen worden sind.

Dritten gegenüber gilt als Zeitpunkt für den Eintritt der Fusionswirkungen der Augenblick, in welchem das Vermögen der übertragenden Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neue oder aufnehmende S.A. übergegangen ist.

Dafür ist einmal Voraussetzung, daß die Aktionäre und die sonstigen zur Mitbestimmung über die Fusion Berechtigten (die "porteurs des parts de fondateur" zum Beispiel) bei den übertragenden Gesellschaften der Verschmelzung zugestimmt haben. Zum anderen muß bei der Verschmelzung durch Aufnahme die erforderliche Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden S.A. durchgeführt, bei der Fusion durch Neubildung die Gründung der neuen S.A. abgeschlossen sein.

In diesem Moment treten die Wirkungen der Verschmelzung ein. Alle Bedingungen sind erfüllt, der Vermögensübergang wird perfekt, die übertragenden Gesellschaften gehen sämtlicher Rechte und Pflichten verlustig. Daß sie nicht zugleich erlöschen, ist lediglich der Fiktion zu danken, welche die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaften für die Zwecke ihrer Liquidation aufrechterhält.

Gleichzeitig entstehen aber auch die Rechte aus den von der neuen oder aufnehmenden S.A. auszugebenden Aktien, welche den bisherigen Aktionären der übertragenden Gesellschaften zufallen.

In Holland wird die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden N.V. gemäß art. 45 d I WvK mit der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung durch das Justizministerium wirksam. Für den Parallelvorgang bei der Fusion durch Neubildung, nämlich die Gründung der neuen N.V. gilt das gleiche.

Da das holländische Aktienrecht bei dem Vermögensübergang im Rahmen der Verschmelzung nicht von dem Grundsatz der Einzelrechtsnachfolge abgeht, könnte der Zeitpunkt, an dem die Fusionswirkungen in Kraft treten, zweifelhaft sein ²¹⁹⁾.

Es erscheint nicht gerechtfertigt, den Zeitpunkt, an dem alle Vermögenswerte der übertragenden Gesellschaften in das Eigentum der aufnehmenden oder neuen N.V. übergegangen sind, zugleich als den Zeitpunkt anzusehen, an dem die Verschmelzung wirksam wird. Da zum Fusionsbegriff auch nach holländischem Aktienrecht die Beteiligung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaften am Kapital der aufnehmenden oder neuen N.V. gehört, ist es folgerichtiger, die Verschmelzung erst dann als beendet anzusehen, wenn die bisherigen Aktionäre der übertragenden Gesellschaften Anteilseigner der neuen oder aufnehmenden N.V. geworden sind.

Wie aber oben bereits dargelegt, geschieht dieser Rechtserwerb mit der Ausgabe der Aktien durch die Liquidatoren der übertragenden Gesellschaften. Danach muß aber für den Regelfall gelten, daß der Eintritt der Fusionswirkungen nach holländischem Recht mit dem Zeitpunkt der faktischen Beendigung der Liquidation der letzten der übertragenden Gesellschaften zusammenfällt.

219) Die Literatur nimmt, soweit ersichtlich, zu dieser Frage nicht Stellung.

Abweichende Regelungen im Verschmelzungsvertrag oder in der Satzung der neuen N.V. bleiben hiervon unberührt.

Demgegenüber ist in Italien der Zeitpunkt, an welchem die Wirkungen der Verschmelzung eintreten, präzise geregelt.

Mit der Eintragung der Beschlüsse der HV der Aktionäre über die Verschmelzung in die für die beteiligten S.p.A. zuständigen Unternehmensregister wird die Verschmelzung allerdings noch nicht wirksam.

Vielmehr beginnt mit der Eintragung gemäß art.2503 Codice Civile eine dreimonatige Frist zu laufen, welche ausschließlich dem Schutze der Gläubiger zu dienen bestimmt ist.

Erst nach Ablauf der Frist des art. 2503 Codice Civile darf der Verschmelzungsvertrag in das Unternehmensregister am Sitz der aufnehmenden S.p.A. eingetragen werden. Diese Eintragung hat, ebenso wie der Eintrag in das deutsche Handelsregister konstitutive Wirkung ²²⁰⁾.

An dieser Stelle zeigt sich die große Ähnlichkeit der gesetzlichen Regelung in Italien und in Deutschland. Gemäß art. 2504 III und 2504 IV Codice Civile treten mit dieser Eintragung die Fusionswirkungen ein ²²¹⁾.

Die Beschlüsse der HV der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft über die Fusion und, soweit erforderlich, auch über die Kapitalerhöhung werden unabhängig vom Verschmelzungsvertrag den jeweils zuständigen Unternehmensregistern zur Eintragung eingereicht.

Zugleich erwerben die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaften nach Maßgabe des im Fusionsvertrag festgelegten Umtauschverhältnisses und den von ihnen gehaltenen Kapitalanteilen an den übertragenden Gesell-

220) Vgl. auch Corte di Cassazione, vom 21.I.1950, in Foro it. 1950 I 409, 410.

221) Daher erscheint der Streit um die Anerkennung der "fusione di fatto" - vgl. MESSINEO, op. cit., vol. III, aaO., n° 16, p. 560 - unverständlich, denn die Eintragung in das Unternehmensregister ist nach art. 2504 Codice Civile unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verschmelzung von

schaften die Stellung von Aktionären bei der aufnehmenden oder neuen S.p.A., soweit nicht andere Regelungen eingreifen 222).

Zwar konkretisiert sich der Erwerb der Aktionärseigenschaft erst mit der Ausgabe der Aktien, materiell werden aber die Anteilseigner der erloschenen, übertragenden Gesellschaft aus den Aktionärsrechten berechtigt, wenn die Fusion wirksam geworden ist.

Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß die Aktienurkunden, welche die Aktienrechte der "neuen" Aktionäre der aufnehmenden S.p.A. verbriefen, zu einem späteren Zeitpunkt ausgegeben werden 223).

Auf Grund der konstitutiven Wirkung der Eintragung des Verschmelzungsvertrages in das "registro delle imprese" geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaften im Wege der "successione a titolo universale" auf die aufnehmende S.p.A. über. Gleichzeitig erlöschen die übertragenden Gesellschaften 224).

Die übertragenden Gesellschaften treten zwar bei der Fusion durch Neugründung als Gründer der neuen S.p.A. auf, denn der Fusionsvertrag wird zwischen ihnen durch die Vorstände abgeschlossen. Den Augenblick, in dem die neue S.p.A. als Rechtssubjekt entsteht, erleben die übertragenden Gesellschaften jedoch nicht mehr, da sie im gleichen Moment erlöschen.

Mit der Eintragung des Fusionsvertrages in das Unternehmensregister am Sitz der neuen S.p.A. treten alle Wirkungen der Verschmelzung gleichzeitig ein.

222) Das versteht sich von selbst bei dem Fall, daß die aufnehmende S.p.A. Alleinaktionärin der übertragenden Gesellschaft ist. Die aufnehmende S.p.A. kann aber auch ein Interesse daran haben, den Aktionären der übertragenden Gesellschaft die Veröffentlichung ihrer Beteiligungen nahezu legen, weil sie den Kreis ihrer eigenen Aktionäre nicht vergrößern will.

223) FIORENTINO, aaO., p. 653.

224) Vgl. hierzu eingehend MOSSA, op. cit., vol. IV, p. 581.

Insofern besteht, bis auf die Tatsache, daß eine neue S.p.A. ins Leben tritt ²²⁵⁾ kein Unterschied zu den Wirkungen, welche bei der Verschmelzung durch Aufnahme eintreten.

Nach deutschem Aktienrecht ist die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister am Sitz der übertragenden Gesellschaften nach § 240 III AktG der entscheidende Akt, mit dessen Vollzug die Wirkungen der Verschmelzung eintreten.

Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft, bestehend aus sämtlichen Aktiven und Passiven, geht auf die aufnehmende AG über, welche gleichzeitig im Wege der Universal sukzession an die Stelle der übertragenden Gesellschaft tritt.

Hierbei ist zu beachten, daß § 419 BGB keine Anwendung findet, denn § 240 III AktG ist insoweit *lex specialis* ²²⁶⁾.

Die Haftung der aufnehmenden AG ist daher nicht auf das übernommene Vermögen beschränkt ²²⁷⁾.

Da die übertragende Gesellschaft mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erlischt, bedarf es einer förmlichen Löschung im Handelsregister nicht.

Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister werden die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft Aktionäre der aufnehmenden AG. Die Aushändigung der Aktienurkunden durch den Treuhänder begründet also nicht den Erwerb der Aktionärsrechte bei der aufnehmenden AG.

Die Eintragung der Verschmelzung erfolgt in das Handelsregister am Sitz jeder der beteiligten Gesellschaften ²²⁸⁾.

225) Dies ist eine konsequente Anwendung des in art. 2331 I Codice Civile aufgestellten Grundsatzes (Con l'iscrizione nel registro delle imprese la società acquista la personalità giuridica) auf die Fusion durch Neubildung

226) Vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 9 zu § 233.

227) Derselbe, aaO., Anm. 36 zu § 240.

228) Derselbe, aaO., Anm. 15 zu § 240.

Nur wenn sämtliche für die Eintragung in § 239 AktG bezeichneten, notwendigen Unterlagen dem Registergericht eingereicht sind, kann die Eintragung der Verschmelzung vorgenommen werden.

Im Unterschied zur Verschmelzung durch Aufnahme hat bei der Fusion durch Neubildung die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister keine konstitutive Wirkung. Vielmehr treten nach § 247 V, Satz 3 AktG die Wirkungen der Verschmelzung mit der Eintragung der neuen AG in das Handelsregister ein. Durch den rechtsbegründenden Akt der Eintragung entsteht die neue AG und tritt zugleich die Rechtsnachfolge der übertragenden Gesellschaften an, welche im nämlichen Augenblick erlöschen.

Daher bedarf es einer formellen Löschung in den Handelsregistern, welche für die übertragenden Gesellschaften zuständig sind, nicht, wohl aber der Eintragung der Verschmelzung durch Neubildung, um die Richtigkeit des Handelsregister wieder herzustellen.

Wie sich aus § 240 V, Satz 2 in Verbindung mit § 240 V, Satz 3 AktG ergibt, hat bei der Fusion durch Neubildung die Eintragung der Verschmelzung nur deklaratorische Bedeutung²²⁹⁾.

Zugleich mit der Eintragung der neuen AG in das Handelsregister entstehen auch die Anteilsrechte an dieser Gesellschaft in der Person der Aktionäre der übertragenden Gesellschaften.

Ibenso wie bei der Verschmelzung durch Aufnahme begründet also nicht erst die Emission der Aktien der neuen AG durch die Treuhänder den Erwerb der Aktienrechte.

229) BÖTTCHER-MEILICKE, § 247, Anm. 30.

§ 8. DIE AKTIEN DER AUFNEHMENDEN ODER NEUEN GESELLSCHAFT.

I. Die Kapitalbeteiligungen zwischen den fusiorierenden Gesellschaften.

Für die Gewährung von Aktien durch die aufnehmende AG an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften kann es von Bedeutung sein, ob zwischen den fusionierenden Gesellschaften kapitalmäßige Beteiligungen existieren.

In der Praxis ist es der Normalfall, daß die aufnehmende AG - oft schon lange bevor irgendwelche Fusionsbestrebungen erkennbar sind - eine Beteiligung am Grundkapital der übertragenden Gesellschaft hält. Aber auch letztere kann ihrerseits vor der Verschmelzung Aktionärin der aufnehmenden AG sein.

Schließlich läßt sich auch die Kombination beider Möglichkeiten, die gegenseitige Kapitalbeteiligung der fusionierenden Gesellschaften, vorstellen.

Es soll an dieser Stelle keine eingehende Untersuchung über die Problematik des Erwerbs eigener Aktien, auf welche die Frage letztlich hinausläuft, angestellt, sondern nur erörtert werden, inwieweit die Gewährung von Aktien durch die aufnehmende Gesellschaft infolge der Verschmelzung von den angedeuteten Möglichkeiten berührt wird.

Als Modellfall mag wiederum das französische Recht dienen.

Durch die Fusion wäre die aufnehmende S.A., die zugleich Aktionärin der übertragenden Gesellschaft ist, gezwungen, eigene Aktien an sich selbst auszugeben. Zwar ist der Erwerb eigener Aktien nicht verboten, aber er ist nur zulässig, wenn darin eine notwendige Maßnahme zum

Schutze der Interessen der Gesellschaft gesehen werden kann ²³⁰⁾.

Das ist bei der Fusion keineswegs immer der Fall. Vielmehr wird man davon ausgehen können, daß sich der Erwerb eigener Aktien durch andere Maßnahmen umgehen läßt.

Dem etwas umständlichen Vorschlag, die von der aufzunehmenden S.A. gehaltenen Aktien der Übertragenden Gesellschaft für kraftlos zu erklären und bei der aufzunehmenden S.A. eine entsprechende Kapitalherabsetzung vorzunehmen ²³¹⁾, sobald die Fusion abgewickelt ist, hat man durch ein praktischeres Verfahren ersetzt, das zum selben Ergebnis führt ²³²⁾.

Die aufnehmende S.A. verzichtet auf die Rechte, welche ihr in ihrer Eigenschaft als Aktionärin der Übertragenden Gesellschaft infolge der Fusion zufallen würden. Da sie somit zugleich auf die Ausgabe eigener Aktien an sich selbst verzichtet, braucht ihr Kapital auch nur in dem Umfang erhöht zu werden, in welchem Anteile an die übrigen Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft ausgegeben werden müssen (fusion - renonciation). Für den Gegenwert des Aktienpaketes an der Übertragenden Gesellschaft muß die aufnehmende S.A. eine entsprechende Reserve bilden, welche, um den Buchwert, den die Aktien vor der Fusion in der Bilanz der aufzunehmenden S.A. aufwiesen, vermindert, der "prime de fusion" zugeschlagen wird.

230) So MARIN, in *Encyclopédie DALLOZ, Sociétés, "Actions"*, n° 412, p. 28.
Vgl. auch MOREAU, op. cit., n° 810, p. 1047; ebenso HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 961, p. 137, die sich auf art. 1300 Code Civile berufen. Danach wäre es e.g. zulässig, daß eine S.A. eigene Aktien ankauft, um den Börsenkurs zu stützen und auf diese Weise schädliche Auswirkungen für das Renommé der Gesellschaft zu vermeiden.
Vgl. für das deutsche Recht § 65 AktG.

231) So COPPER-ROYER, zitiert nach BASTIAN, aaO., Fasc. 164~~2~~, n° 151, p. 26.

232) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 961, p. 137.

Üblicherweise wird ein im Fusionsvertrag festgesetzter Teil der "prime de fusion" als Sonderbonus an die Aktionäre ausgeschüttet, der Rest wird in die Rücklagen der Gesellschaft eingestellt.

Daneben besteht noch das Verfahren des "allotissement", das aus vorwiegend steuerlichen Gründen kaum noch gebräuchlich ist. Danach übernimmt die aufnehmende S.A. im Wert ihrer Aktienbeteiligung Aktiva von der übertragenden Gesellschaft vor dem Eintritt der Fusionswirkungen und gibt dafür als Gegenleistung die von ihr gehaltenen Anteile an die übertragende Gesellschaft, welche diese kaduziert ²³³⁾.

Erst dann erhöht die aufnehmende S.A. in dem erforderlichen Umfang ihr Kapital und gibt die neugeschaffenen Aktien an die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft zur Verteilung an deren Aktionäre aus ²³⁴⁾.

Eine Kapitalbeteiligung der übertragenden Gesellschaft an der aufnehmenden S.A. müßte bei einer Fusion als Bestandteil der Aktiva auf letztere Gesellschaft übergehen, wodurch diese wiederum in den Besitz eigener Aktien käme, ohne daß dies notwendigerweise den Schutz der Interessen der Gesellschaft, der Amorisatation oder einem sonstigen zulässigen Zweck diene ²³⁵⁾. Als Lösung bietet sich die Kapitalherabsetzung bei der aufnehmenden S.A. und die Einziehung dieser Aktien an. ²³⁶⁾

Andererseits ist es auch möglich, das Kapital bei der aufnehmenden S.A. in entsprechend geringerem Umfang zu erhöhen, wobei die ehemals von der übertragenden Gesellschaft gehaltenen Anteile an die neuen Aktionäre der

233) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 769, p.896.

234) BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 155, p. 27 bezeichnet dies Verfahren als "partage partiel de l'actif au profit d'un seul actionnaire".

235) Vgl. auch Cour de Cassation, vom 16.XI.1943, in SIREY 1944, 1, 15.

236) Siehe hierzu RIPERT, op. cit., tome I, n° 1413, p. 667.

aufnehmenden S.A. ausgegeben werden 237).

Hierbei ist allerdings Voraussetzung, daß diese Aktien der gleichen Gattung angehören wie diejenigen, welche aus der Kapitalerhöhung der aufnehmenden S.A. hervorgegangen sind, und daß sie die gleichen Rechte verbriefen.

Die zuerst erwähnte Möglichkeit kommt selten vor, da es für die übertragende Gesellschaft einfacher ist, sich ihrer Beteiligung an der aufnehmenden S.A. dadurch zu entledigen, daß sie diese Stücke veräußert und den erzielten Erlös zur Abdeckung ihrer Verbindlichkeiten verwendet.

Im übrigen hängt das Schicksal dieser Aktien im Einzelfall von den Interessen der aufnehmenden S.A. ab.

Sofern die Beteiligung der aufnehmenden S.A. an der übertragenden Gesellschaft 10 % von deren Kapital nicht übersteigt und die übertragende Gesellschaft ihrerseits Aktien im Wert von weniger als 10 % des Nennwerts vom Kapital der aufnehmenden S.A. besitzt, bietet sich als Lösungsmöglichkeit eine Kombination der oben dargestellten Verfahren an.

Sobald jedoch die Kapitalbeteiligung einer S.A. an einer anderen 10 % oder mehr von deren Aktienkapital ausmacht, findet art. 8 des Gesetzes vom 4.III.1943 Anwendung.

Dieser Vorschrift zufolge darf eine S.A., deren Kapital wenigstens zu 10 % im Besitz einer anderen S.A. ist, keine Aktien dieser Gesellschaft besitzen.

237) MOREAU, op. cit., n° 811, p. 1049 lehnt die erste Variante ab: "La société absorbante émettrait alors des actions à rémunération de ses propres actions, ce qui ne se conçoit guère"; dagegen hält BASTIAN, aaO., Fasc. 164, n° 158, p. 27 diese Möglichkeit zwar für zulässig, aber aus steuerlichen Gründen für unpraktisch.

MOREAU, aaO., befürwortet dagegen die zweite Möglichkeit: "...ces actions pourront évidemment être exclues de l'apport et être ultérieurement réparties avec les actions d'apport entre les actionnaires de la société absorbée". Desgleichen HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 961, p. 137.

Zur Vermeidung von wechselseitigen Beteiligungen in solcher Höhe ("croisées") hat diejenige Gesellschaft, um deren Aktien es sich handelt, den Erwerb förmlich mitzuteilen. Letztere ist verpflichtet, die von ihr gehaltene Kapitalbeteiligung an der anderen S.A. alsbald zu veräußern ²³⁸⁾.

Wenn es zur Fusion kommt, bevor die übertragende Gesellschaft ihre Beteiligung an der aufnehmenden S.A. noch veräußert hat, wird letztere regelmäßig die Veräußerung dieser Aktien in ihrem Sinne beeinflussen.

Bei der Fusion durch Neubildung kann der Fall auftreten, daß eine der Übertragenden Gesellschaften Aktionärin der anderen ist oder zwischen beiden gegenseitige Kapitalbeteiligungen bestehen.

Als Aktionärin der Gesellschaft B müßte die "A-S.A." auf Grund der Fusion Aktionärin der neuen S.A. werden. Da die "A-S.A." aber ihrerseits ebenfalls in der neuen S.A. aufgeht, wird letztere zweckmäßigerweise in Höhe des von der "A-S.A." an der Gesellschaft B gehaltenen Aktienpaketes einen Reserveposten bilden.

Diese Reserve wird um den bei der "A-S.A." zuletzt ausgewiesenen Buchwert vermindert und der "prime de fusion" zugeschlagen. Soweit die "prime de fusion" ausgeschüttet wird, darf sie gerechterweise in Ansehung der soeben dargestellten Reserve allerdings nur den Aktionären der "A-S.A." zugute kommen.

Da die Frage der Kapitalbeteiligungen zwischen den fusionierenden Gesellschaften in allen Staaten des Gemeinsamen Marktes praktisch wird, kann auch dort im Einzelfall nur eine der oben dargestellten Möglichkeiten zur Lösung verwendet werden. Bei der Fusion durch Aufnahme erscheint es am ehesten realistisch, wenn die aufnehmende Gesellschaft ihr Kapital um den Wert der Aktiva der Übertragenden Gesellschaften nur insoweit erhöht, als davon nicht nur deren Passiva, sondern auch der Wert der

238) VAN HAECKE, op. cit., n° 80, p. 89.

Aktien der aufnehmenden Gesellschaft, die sich im Besitz der übertragenden S.A. befinden, in Abzug gebracht worden ist.

Dies ist auch für das holländische Aktienrecht anerkannt ²³⁹⁾, das einer N.V. zwar verbietet, eigene Aktien unmittelbar an sich selbst auszugeben, den Erwerb eigener Aktien dagegen gemäß art. 41 a WvK zuläßt.

Lediglich Aktien, die noch nicht voll eingezahlt sind, darf eine N.V. nicht erwerben, weil sonst der Grundsatz der Kapitalerhaltung verletzt würde.

Voll einbezahlte Aktien hingegen können unentgeltlich in unbegrenztem Umfang erworben werden. Ein entgeltlicher Erwerb eigener Aktien ist nur insoweit zulässig, als die Satzung es gestattet.

Eine gesetzliche Begrenzung für den Erwerb eigener Aktien durch eine N.V. kennt das WvK nicht.

Bei der Erteilung der Unbedenklichkeitserklärung durch den Justizminister hat sich die langjährige Übung entwickelt, die Hälfte des Nominalkapitals einer N.V. als Höchstgrenze anzusehen, bis zu der eigene Aktien erworben werden dürfen ²⁴⁰⁾.

Daher ist es der aufnehmenden N.V. möglich, an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Aktien auszugeben, die nicht durch die Kapitalerhöhung infolge der Verschmelzung entstanden sind, sondern die von der aufnehmenden Gesellschaft, möglicherweise schon lange vor der Fusion, erworben worden sind.

Die gleiche Möglichkeit besteht für das deutsche Recht, wobei allerdings die durch § 65 AktG gezogenen Grenzen nicht überschritten werden dürfen.

239) Vgl. hierzu auch VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 110.

240) JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 12.3, S. 31/32.

II. Die Ausgabe der Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften.

Der Begriff der Fusion von Aktiengesellschaften verlangt nach den Rechten aller Mitgliedstaaten der EWG, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften als Gegenleistung für die eingebrachten Sacheinlagen am Kapital der neuen oder aufnehmenden AG beteiligt werden.

Die Ausgabe der Aktienurkunden, welche diese Kapitalbeteiligungen verbriefen, vollzieht sich, außer in Italien, auf andere Weise als bei einer normalen Kapitalaufstockung oder bei der Emission von Aktien nach der Gründung einer AG.

In Frankreich und den BENELUX-Staaten liegt der Grund hierfür in der Tatsache, daß die übertragenden Gesellschaften vor der Verschmelzung in das Stadium der Liquidation eintreten, tatsächlich aber eine Liquidation im strengen Sinne - genau genommen auch in Holland - nicht stattfindet.

In Frankreich leitet die neue oder aufnehmende S.A. die infolge der Fusion auszugebenden Aktien zunächst den Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaften zu, welche die Stücke an die "neuen" Aktionäre der aufnehmenden oder der aus der Verschmelzung entstandenen S.A. weitergeben.

Die Aktien der aufgelösten Gesellschaften, die nach dem Vermögensübergang keine Kapitalanteile mehr repräsentieren, werden sodann eingezogen und für kraftlos erklärt.

Wenn auch die Aktien der neuen oder der aufnehmenden S.A. in den Besitz der aufgelösten Gesellschaft gelangen, so läßt sich aus dieser Tatsache dennoch nicht die Behauptung ableiten, die aufgelöste Gesellschaft sei somit Aktionärin der neuen oder der aufnehmenden S.A.

geworden ²⁴¹⁾. Der Grundsatz der "transmission à titre universel" verlangt, daß der gesamte Bestand an Rechten und Pflichten auf die neue oder aufnehmende S.A. übergeht. Die aufgelösten Gesellschaften existieren als Rechtssubjekte nur noch für die Bedürfnisse der Liquidation fort, deren eigentlicher Zweck bei der Verschmelzung in der Weitergabe der Aktien der aufnehmenden oder neuen S.A. an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaften besteht.

Daher ist es aber auch nur folgerichtig, daß diesen Aktionären durch die Ausgabe der "neuen" Aktien nur die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte an der neuen oder aufnehmenden S.A. verbrieft werden. Materiell sind diese Rechte bei den Aktionären mit dem Eintritt der Fusionswirkungen entstanden ²⁴²⁾.

Durch tatsächliche Gegebenheiten kann sich der Umtausch der "alten" in "neue" Aktien verzögern, wenn sich nämlich einzelne Aktionäre nicht melden und auch durch die Liquidatoren nicht ermittelt werden können. In solchen Fällen wird üblicherweise eine Präklusionsfrist gesetzt, nach deren Ablauf die Anteile an der aufgelösten Gesellschaft für kraftlos erklärt und kaduziert werden. Infolgedessen ist ein Umtausch dieser Stücke in Aktien der neuen S.A. zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich ²⁴³⁾.

Solange die Präklusionsfrist noch nicht abgelaufen ist, muß wegen der noch nicht ausgegebenen Aktien in der Bilanz der neuen S.A. eine entsprechende Wertberichtigung vorgenommen werden. Nach dem Ablauf der Präklusionsfrist sind die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft befugt, die noch nicht ausgegebenen Aktien frei zu veräußern. Der hierfür erzielte Erlös muß hinterlegt werden.

241) Vgl. auch BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 181, p. 30
"...la société annexée n'a jamais été titulaire des actions... de la société absorbante".

242) MARTIN, op. cit., p. 31.

243) Tribunal de la Seine, vom 14.V.1892, zitiert bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 118, p. 21.

Wenn bei der aufgelösten Gesellschaft mehrere Kategorien von Aktien, also Stammaktien und e.g. "actions de jouissance" bestanden haben, die neue S.A. jedoch nur Stammaktien emittiert, so ist bei deren Verteilung folgendes zu beachten: die "actions de jouissance" repräsentieren keinen Kapitalanteil an der aufgelösten Gesellschaft. Mit den übrigen Aktienkategorien haben diese Vorzugsaktien aber den Anspruch auf den "boni de liquidation" gemeinsam ²⁴⁴⁾.

Als "actions remboursées" haben sie jedoch an der Rückgewähr der Einlagen bei der Liquidation einer S.A. nicht teil.

Bei der "liquidation sans partage" treten die von der neuen S.A. emittierten Aktien an die Stelle des zu verteilenden Liquidationserlöses bei der "normalen" Abwicklung.

Daher erhalten zunächst die Stammaktionäre der aufgelösten Gesellschaft den Gegenwert ihrer Einlagen in Form von Aktien der neuen S.A. Der dann noch verbleibende Restbestand der von der neuen S.A. ausgegebenen Anteile wird sodann anteilig als "boni de liquidation" an die Aktionäre aller Aktienkategorien der aufgelösten Gesellschaft verteilt. Auf diese Weise erhalten die Stammaktionäre der aufgelösten Gesellschaft zwar mehr Anteile an der neuen S.A., aber der wertmäßige Ausgleich gegenüber den Inhabern der "actions de jouissance" wird in der Form hergestellt, daß nunmehr die Aktionäre aller Aktiengattungen, proportional zu ihrem Aktienbesitz an der aufgelösten Gesellschaft, mit den gleichen Rechten

244) RETAIL, in "Etude de la parité des titres en matière de fusion", in Journal des Sociétés 1954, p. 263 definiert den "boni de liquidation" als "résultant de la différence entre l'actif dégagé par la liquidation et le capital nominal".

an der neuen S.A. beteiligt werden 245).

Dieses Verteilungsverhältnis wird als "parité interne" bezeichnet.

Der Begriff der "parité interne" darf nicht mit dem Umtauschverhältnis verwechselt werden. Bei der Fusion durch Neugründung ist eine solche Verwechslung allerdings leicht möglich, weil die Aktien der neuen S.A. notwendigerweise zum Nennwert emittiert werden, was bei der Fusion durch Aufnahme nur in ganz seltenen Fällen vorkommt.

Die Vorzugsaktionäre der aufgelösten Gesellschaft verlieren durch das oben dargestellte Verfahren naturgemäß ihre bevorzugte Stellung und werden Stammaktionäre der neuen S.A. Für den Verlust ihrer Privilegien werden die Inhaber der "actions de jouissance" in der Praxis häufig dadurch entschädigt, daß die neue S.A. im Verlauf der ersten Geschäftsjahre eine Sonderdividende ausschüttet.

Die Inhaber von Gründeranteilen werden ähnlich wie die Vorzugsaktionäre behandelt, wenn die neue oder aufzunehmende S.A. ihrerseits keine "parts de fondateur" ausgibt. Die Inhaber von "parts de fondateur" sind zwar keine Aktionäre, sondern Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft. Deshalb steht ihnen auch kein unmittelbarer Anspruch auf Zuteilung von Aktien der neuen S.A. zu, häufig aber ein Recht auf Beteiligung am "boni de liquidation", der dann in Aktien der neuen S.A. besteht 246).

245) Zur Verdeutlichung mag folgendes Beispiel dienen: Bei der aufgelösten Gesellschaft bestehen Stammaktien im Nominalwert von 2 Millionen und "actions de jouissance" im Nominalwert von 1 Million. Gibt die neue S.A. Aktien im Wert von 5 Millionen an die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft weiter, so erhalten die Stammaktionäre Anteile im Nennwert von 4 Millionen, die Inhaber der "actions de jouissance" Aktien im Nennwert von 1 Million.

246) Siehe HOUPIŃ: "Des droits des parts de fondateur en cas de dissolution et de fusion des sociétés" in Journal des Sociétés, 1934, p. 652.

Auf diese Weise kommt es vor, daß die Inhaber von "parts de fondateur" der aufgelösten Gesellschaft Aktionäre der neuen S.A. werden. Nach dem Fusionsvertrag kann allerdings auch vorgesehen sein, daß die neue S.A. ihrerseits "parts de fondateur" schafft und an die Inhaber von Gründeranteilen der aufgelösten Gesellschaft ausgibt.

Wenn bis zum Zeitpunkt der Fusion bei der aufgelösten Gesellschaft ein Teil des Stammkapitals noch nicht voll eingezahlt war und diese Gesellschaft ihre gesamten Aktiva und Passiva auf die neue S.A. übertragen hat, so werden zwar diejenigen Anteilseigner, welche sich mit ihrer Einlage gegenüber der aufgelösten Gesellschaft im Rückstand befinden, Aktionäre der neuen S.A..

Die Forderung der aufgelösten Gesellschaft auf Leistung der rückständigen Einlage geht jedoch in voller Höhe auf die neue S.A. über. Die von der neuen S.A. ausgegebenen Aktien sind voll einbezahlt, da sie die von den aufgelösten Gesellschaften erbrachten Sacheinlagen repräsentieren. Daher kann es sich bei den auf die neue S.A. übergegangenen Forderungen gegen diejenigen Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft, welche dieser gegenüber mit der Leistung ihrer Einlage im Rückstand waren, nur um eine allgemeine Forderung handeln. Die betreffenden Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft sind deshalb der neuen S.A. gegenüber zur Zahlung des noch ausstehenden Betrages verpflichtet ²⁴⁷⁾.

Für den Fall, daß sich die aufgelöste Gesellschaft die Ablösung ihrer Verbindlichkeiten selbst vorbehalten hat, steht es ihr frei, zu diesem Zweck auch diejenigen Mittel zu verwenden, welche ihr aus der Realisierung der ihr gegen ihre Aktionäre zustehenden Einlageforderungen zufließen.

247) Vgl. eingehend BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n^o 124, p. 22.

Es ließe sich immerhin vorstellen, daß die neue S.A. an den von ihr auszugebenden Aktien gegenüber diesen Aktionären ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen könnte, wenn diese sich weigern, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Andererseits könnten auch die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft verpflichtet sein, den säumigen Aktionären die auf sie entfallenden Stücke nicht auszuliefern und nach Ablauf einer angemessenen Frist diese Aktien zu veräußern und den erzielten Erlös an die neue S.A. abzuführen.

In der Literatur und in der Rechtsprechung, soweit diese zugänglich war, wird diese Frage nicht erörtert. Daher wird man davon auszugehen haben, daß die Aktienurkunden an die neuen Anteilseigner der durch die Fusion entstandenen neuen S.A. ausgefolgt werden müssen, unabhängig davon, ob noch Forderungen gegen Aktionäre der aufgelösten Gesellschaften bestehen.

Für das belgische und das luxemburgische Aktienrecht ergeben sich keine grundsätzlichen Unterschiede.

In Belgien empfiehlt es sich aus Gründen der Zweckmäßigkeit, die Aktien der neuen oder aufnehmenden S.A. erst auszugeben, wenn die HV der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaften zur Beschlußfassung über die Beendigung der Liquidation zusammengetreten sind ²⁴⁸⁾.

Zwar ist bei einer durch die Verschmelzung bedingten Liquidation ein derartiger Beschluß der HV der Aktionäre nicht zwingend erforderlich, denn die Ausgabe der Aktien der aufnehmenden S.A. oder der neuen S.A. an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaften beendet deren Liquidation unmittelbar ²⁴⁹⁾.

248) In der Praxis wird auf diese Weise die Einziehung der Aktien der aufgelösten Gesellschaft erleichtert. Vgl. auch VAN RYN, op. cit., tome I, n° 859, p. 512.

249) Cour de Cassation vom 8.V.1930, in Pas.belge, 1930, I 202 und vom 22.3.1962, in Rev.crit. jur. belge 1963, p. 42.
RENAULD, "Fusions...", in Rev. de Droit Int. et de Droit Comp. 1961, p. 83.

Allerdings kann bei diesem Verfahren die Gefahr nicht ausgeschlossen werden, daß Gesellschaftsgläubiger die Beendigung der Liquidation anfechten.

Für diese letztere Möglichkeit ist indessen seit der Einführung des art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 in Luxemburg praktisch kein Raum, denn dort ist der Grundsatz normiert, daß die Ausgabe der Aktien vorgenommen werden kann, auch ohne daß die Gesellschaftsgläubiger vorab befriedigt worden sind. Zwar gilt dies nach dem Wortlaut nur für die Obligationäre, muß aber konsequenterweise auf alle Gesellschaftsgläubiger ausgedehnt werden, denn es handelt sich hierbei nur um eine zwingende Folge aus der Anwendung der Grundsätze über die "transmission à titre universel".

Obgleich nach holländischem Aktienrecht die Gründung der neuen N.V. oder die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden N.V. und die Auflösung der übertragenden Gesellschaften in annähernd zeitlicher Parallelität vor sich gehen, bestehen die aufgelösten Gesellschaften bis zur Eintragung der Beendigung ihrer Liquidation in das Handelsregister als juristische Personen fort. Sie sind daher in der Lage, die neuen Aktien der aufnehmenden oder neu gegründeten N.V. zu übernehmen, um sie dann ihren Aktionären nach Maßgabe des Umtauschverhältnisses zuzuleiten.

Mit dem Umtausch in Aktien der neuen oder aufnehmenden N.V. ist die Einziehung der Aktien der aufgelösten Gesellschaften verbunden.

Soweit diese Stücke aus irgendwelchen Gründen nicht eingezogen werden können, werden sie nach einer angemessenen von den Liquidatoren zu bestimmenden Frist, für verfallen erklärt.

Die auf diese Aktien entfallenden Anteile an der neuen oder aufnehmenden N.V. oder der aus deren Veräußerung erzielte Erlös müssen hinterlegt werden.

Ganz ähnlich ist die Regelung des italienischen Rechts. Die Aktienurkunden der Übertragenden Gesellschaften, welche nach dem Vermögensübergang auf die neue oder aufnehmende S.p.A. nur noch die Berechtigung zum Empfang der neuen Aktien nachweisen, müssen für kraftlos erklärt und eingezogen werden. Die Kraftloserklärung darf erst nach einer angemessenen Frist vorgenommen werden und ist von besonderer Bedeutung für die Fälle, in denen es Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft versäumen, ihre Titel gegen Aktien der neuen oder der aufnehmenden S.p.A. umzutauschen.

Im Gegensatz zu dem Verfahren in den übrigen Mitgliedsstaaten der EWG liegt die Ausgabe der Aktien in den Händen der "amministrazione" der aufnehmenden oder neuen S.p.A. In der Praxis dürfte mit dieser Aufgabe häufig auch eine Bank oder ein Bankenconsortium betraut werden. Jedenfalls sieht das italienische Aktienrecht hierfür keinen Treuhänder vor, und da es eine förmliche Liquidation der Übertragenden Gesellschaft nicht verlangt, sind auch keine Liquidatoren vorhanden, welche die neuen Aktien an die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaften ausgeben könnten.

Ein Unterschied zu der Aktienausgabe bei der Gründung einer S.p.A. oder einer regulären Kapitalaufstockung ist daher bei der Aktienemission auf Grund einer Verschmelzung von S.p.A. nicht gegeben.

In Italien ist der Umtausch der Aktien praktisch wesentlich dadurch erleichtert, daß es sich hierbei um Namensaktien handelt. Zwar unterscheidet der Codice Civile zwischen Namens- und Inhaberaktien, aber auf Grund einer erst kürzlich in ihrer Gültigkeit bestätigten Verordnung vom 25.X.1941 sind in Italien selbst "bis auf weiteres" nur Namensaktien zugelassen ²⁵⁰⁾. Anhand des Aktien-

250) Näheres bei GRAZIANI, op. cit., n^o 59, p. 191 und n^o 75, p. 240. Seit dem 31.VII.1948 sind in begrenztem Umfang auf Sizilien auch Inhaberaktien zugelassen.

buches der übertragenden Gesellschaft lassen sich deren Aktionäre unschwer ermitteln.

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 240 II AktG die Bestellung eines Treuhänders normiert, in dessen Hände die Ausgabe der Aktien der neuen oder aufnehmenden AG an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften gelegt ist.

Der Treuhänder wird entweder von der übertragenden ²⁵¹⁾ Gesellschaft oder auf Grund einer besonderen Vereinbarung im Verschmelzungsvertrag bestellt ²⁵²⁾.

Die neue oder aufnehmende AG ist durch den Verschmelzungsvertrag verpflichtet, die für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften bestimmten Aktien an den Treuhänder auszuhändigen.

Erst wenn der Treuhänder gegenüber dem Registergericht die förmliche Erklärung abgegeben hat, daß er im Besitze dieser Aktien ist, kann die Verschmelzung im Handelsregister eingetragen werden, § 240 II Satz 2 AktG.

In erster Linie hat der Treuhänder die Belange der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu wahren. Es obliegt ihm insoweit aber auch eine Pflicht zur Interessenwahrung gegenüber der neuen oder aufnehmenden AG, als er deren Aktien erst nach dem Eintritt der Fusionswirkungen herausgeben darf ²⁵³⁾.

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft erhalten die auf sie entfallenden Aktien der aufnehmenden oder neuen AG also unmittelbar vom Treuhänder.

In diesem Zusammenhang hat sich eine Kontroverse darüber entwickelt, zu welchem Zeitpunkt die früheren Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft die Aktionärsrechte an der aufnehmenden AG erwerben.

251) Näheres siehe bei BÖTTCHER-MEILICKE, § 240, Anm. 2 bis 10.

252) Vgl. SCHILLING, AktG., Großkommentar, Anm. 6 zu § 240.

253) Vgl. SCHILLING, AktG., Großkommentar, Anm. 10 zu § 240.

Während nach einer vereinzelt geäußerten Auffassung ²⁵⁴⁾ die Aktienrechte mit der Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses der aufnehmenden AG entstehen sollen, kommt die herrschende Ansicht ²⁵⁵⁾ zu einem Ergebnis, das auch dem § 334 IV Satz 3 Reg.E. zugrunde gelegt worden ist.

Die Aktienrechte an der aufnehmenden AG entstehen mit der Eintragung der Verschmelzung, welche zugleich auch die Eintragung der Durchführung des Kapitalerhöhungsbeschlusses in das Handelsregister ist. Das folgt aus § 240 I in Verbindung mit § 156 AktG ²⁵⁶⁾. Zwar sind diese Rechte zunächst unverbrieft, da die Urkunden erst durch den Treuhänder ausgegeben werden ²⁵⁷⁾.

Der Treuhänder wird jedoch nicht selbst Aktionär der aufnehmenden oder neuen AG ²⁵⁸⁾.

Diese Auffassung ist folgerichtig, denn sie entspricht dem Wesen der Verschmelzung als einem Rechtsinstitut eigener Art.

Durch den Erwerb der Aktionärsstellung bei der aufnehmenden AG werden die untergegangenen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre an der übertragenden Gesellschaft unmittelbar fortgesetzt.

Wenn die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen als Sacheinlage in die aufnehmende AG eingebracht hat und die Gesamtrechtsnachfolge eingetreten ist, verbriefen die noch umlaufenden Aktien der übertragenden Gesellschaft zwar keine Kapitalanteile mehr. Sie sind aber als Rechtsnachweis für den Umtausch gegen die von der aufnehmenden

254) So v. GODIN-WILHELMI, aaO., § 240, Anm. 4.

255) BAUMBACH HUECK, Anm. 3 C zu § 240;
BÖTTCHER-MEILICKE, § 240, Anm. 38;
SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 13 zu § 240
und RGZ, 136, 313 (315).

256) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 1 zu § 156.

257) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 12 zu § 240.

258) Im einzelnen vgl. SCHILLING, in "DIE AKTIENGESELLSCHAFT", 1958, S. 229, 230, der zu der Problematik dieser Frage eingehend Stellung nimmt.
Siehe aber auch BÖTTCHER MEILICKE, § 240, Anm. 37.

AG zu begebenden Stücke unerlässlich²⁵⁹⁾, zumindest insoweit, als es sich um Inhaberaktien handelt.

Aus § 240 II AktG folgt, daß ein Umtausch der "alten" Aktienurkunden gegen solche der aufnehmenden oder neuen AG unumgänglich ist. Für die Einziehung der Aktien der übertragenden Gesellschaft sieht § 240 VII AktG ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 67 AktG vor²⁶⁰⁾.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob die aufnehmende oder neue AG gegen nur teilweise einbezahlte Anteile an der übertragenden Gesellschaft ihrerseits noch nicht voll einbezahlte Aktien ausgeben darf²⁶¹⁾.

Die überwiegende Meinung geht davon aus²⁶²⁾, daß Einlageforderungen der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unverändert auf die aufnehmende AG in der Weise übergehen, daß letztere diese Forderungen auf Leistung der rückständigen Einlage gegen ihre neuen Aktionäre, soweit es diese betrifft, geltend machen kann. Demzufolge sind die von der aufnehmenden AG ausgegebenen Aktien nach Auffassung dieser Lehrmeinung, welche sich auch auf die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁶³⁾ beruft, als noch nicht voll einbezahlt anzusehen, was durch einen entsprechenden Vermerk auf der Aktienurkunde deutlich zu machen ist.

Da bei der Verschmelzung von AGen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Gesamtrechtsnachfolge eintritt, ist es nicht zu bestreiten, daß Einlageforde-

259) Selbst v. GODIN-WILHELMI, aaO., § 240, Anm. 18 kommen zu diesem Ergebnis. Ebenso SCHILLING, in "DIE AKTIENGESELLSCHAFT" 1958, S. 229, 231 und BÖTTCHER-MEILICKE, § 240, Anm. 43.

260) Näheres bei SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 52 zu § 240.

261) Zu der Problematik im einzelnen sehr ausführlich v. GODIN-WILHELMI, aaO., § 240, Anm. 9 und 10.

262) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 48 zu § 240 mit ausführlichen Hinweisen auf die Literatur; ebenso BAUMBACH-HUECK, Anm. 3 C zu § 240.

263) RGZ, 136, 313, 316/317.

rungen der übertragenden Gesellschaft, welche dieser gegen ihre Aktionäre zustanden, auf die aufnehmende AG übergehen.

Die Aktien indessen, welche die aufnehmende AG infolge der Verschmelzung emittiert, repräsentieren eine Sacheinlage, nämlich das von der übertragenden Gesellschaft eingebrachte Vermögen. Diese Sacheinlage ist aber in vollem Umfang erbracht.

Es leuchtet daher nicht recht ein, wieso Aktien, die eine gänzlich eingebrachte Sacheinlage repräsentieren, nicht voll einbezahlt sein sollen ²⁶⁴⁾.

Zur Begründung ihrer Auffassung stützt sich die herrschende Meinung auf die §§ 57 bis 61 AktG, insbesondere auf § 60 AktG ²⁶⁵⁾, wonach rückständige Einlagen den Aktionären nicht erlassen werden können. Die hier in Rede stehenden, rückständigen Einlagen betreffen das Kapital der übertragenden Gesellschaft, die mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erloschen ist.

Auch wenn sich die alten Mitgliedschaftsrechte "fortsetzen", kann bei der Ausgabe der neuen Aktien nur von dem Grundkapital der aufnehmenden AG ausgegangen werden. Soweit das Kapital dieser Gesellschaft zum Zwecke der Verschmelzung aufgestockt worden ist, muß es durch die Leistung der Sacheinlage als voll erbracht angesehen werden.

Wenn aber die neu auszugebenden Aktien der aufnehmenden AG eine "Gegenleistung" ²⁶⁶⁾ für die Einbringung des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft darstellen, so kann es sich logischerweise auch nur um voll einbezahlte Aktien handeln ²⁶⁷⁾.

264) SCHILLING, aaO., wie in Anm. 262, BÖTTCHER-MEILICKE, § 240, Anm. 40 und BAUMBACH-HUECK, aaO., wie in Anm. 262, nehmen hierzu nicht Stellung.

265) SCHILLING, aaO., Anm. 48 zu § 240.

266) So ausdrücklich SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 14 zu § 233.

267) v. GODIN-WILHELM, aaO., § 240, Anm. 11.

Daher sind die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über-
gegangenen Einlageforderungen der Übertragenden Gesell-
schaft nach der Verschmelzung nur noch als gewöhnliche
Geldforderungen anzusehen ²⁶⁸⁾.

Selbst wenn den Aktionären der erloschenen, übertragen-
den Gesellschaft, die durch die Verschmelzung insoweit
Schuldner der aufnehmenden AG geworden sind, ihre Ver-
pflichtungen erlassen würden, könnte hierin kein Ver-
stoß gegen § 60 AktG liegen, weil die rückständigen
Einlageverpflichtungen sich nur auf das Kapital der in-
zwischen untergegangenen, übertragenden Gesellschaft
bezogen haben.

Die Forderungen der übertragenden Gesellschaft auf
Leistung der rückständigen Einlage gehen also infolge
der Verschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf
die aufnehmende AG über, werden jedoch zugleich bei
dieser zu einfachen Geldforderungen.

III. Die Verkehrsfähigkeit der neuen Aktien.

In Frankreich unterliegen Aktien, welche die Gegenlei-
stung für eine Sacheinlage darstellen, in den ersten
beiden Jahren nach der Gründung einer S.A. der Beschrän-
kung des art. 3 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867.

Für diese Zeit ist den Stücken die aktienrechtliche Ver-
kehrsfähigkeit (*négociabilité*) entzogen; sie können da-
her nur nach den allgemeinen Grundsätzen des art. 1690
Code civil veräußert werden ²⁶⁹⁾.

268) Ebenso WÜRDINGER, "Aktienrecht", § 43 D I 3 d,
S. 285.

269) art. 3 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867 in
der Fassung des Décret-Loi vom 7.XII.1954:
"...ces actions ne peuvent être détachées de la
souche et ne sont négociables que deux ans après
la constitution définitive de la société".
Daher sind für die Veräußerung dieser Stücke nur
die allgemeinen Regeln über die "cessibilité" an-
wendbar. Siehe auch HAMEL et LAGARDE, op. cit.,
n° 523, p. 642.

Von der Regel des art. 3 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867 macht der art. 3 alinéa 6 des gleichen Gesetzes eine ausdrückliche Ausnahme für solche Aktien, die infolge einer Fusion geschaffen werden.

Diese Aktien sind von Anfang an voll verkehrsfähig, wenn die an der Fusion beteiligten S.A. in dieser Rechtsform bereits länger als zwei Jahre bestanden haben²⁷⁰⁾.

Das gleiche gilt, wenn der Gegenstand der Einlage, bei der Verschmelzung also das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft, schon vor der Fusion durch unbeschränkt verkehrsfähige Aktien repräsentiert war. Der Grund für diese Ausnahmeregelung ist einleuchtend. Wenn die Aktien der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bereits vor dem Zusammenschluß unbeschränkt verkehrsfähig waren, so ist nicht einzusehen, warum die aufgrund einer Fusion geschaffenen Anteile der aufnehmenden oder neuen S.A. insoweit nicht die gleichen Vorzüge genießen sollen²⁷¹⁾.

Da die Aktien der S.A., welche fusioniert haben, sich in der gesetzlichen Probezeit von zwei Jahren als "solide" erwiesen haben, so muß dies auch für die Aktien der Gesellschaft gelten, welche das Ergebnis der Verschmelzung ist. Daher entfällt der mit der Zweijahresfrist verbundene Schutzzweck.

Aktionäre, denen nachträglich Bedenken gegen die Fusion kommen, haben den Vorteil, sich ohne Schwierigkeiten von ihrem Aktienbesitz trennen zu können.

Aus art. 3 alinéa 6 des Gesetzes vom 24.VII.1867 ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß eine S.A., welche in-

270) Vgl. Tribunal de la Seine, vom 7.XII.1949, in DALLOZ, Jurisprudence 1950, p. 198 und Cour de PARIS, vom 10.V.1950, in SIREY 1950 II 185.

271) Nach dem Willen des französischen Gesetzgebers ist die "interdiction de la négociabilité des actions" ausschließlich eine Maßnahme zum Schutze der Anleger.
Vgl. auch RIPERT, note, in DALLOZ, Jurisprudence, 1950, p. 199.

folge der Fusion neue Aktien emittiert, bereits eine bestimmte Zeit bestanden haben muß. Vielmehr spricht die Vorschrift ausdrücklich von "création d'une nouvelle société".

Dieser Formulierung ist zu entnehmen, daß die Voraussetzung des zweijährigen Bestehens nicht als Bedingung für die volle Verkehrsfähigkeit der von der durch die Fusion neu entstandenen S.A. ausgegebenen Aktien gefordert wird.

Wenn die im Wege der Fusion durch Neugründung entstandene S.A. eine sogenannte "émission concomitante d'actions en numéraire" vornimmt, das heißt, gegen Bar-einlagen an Dritte Aktien ausgibt, so sind auch diese Anteile sogleich voll verkehrsfähig ²⁷²⁾.

Infolgedessen entgehen diese Aktien auch der Besteuerung gemäß art. 728 C.G.I. ²⁷³⁾.

Der Gesetzgeber geht in art. 3 alinéa 6 des Gesetzes vom 24.VII.1867 davon aus, daß es sich auch bei der übertragenden Gesellschaft um eine S.A. handelt, welche nach französischem Recht behandelt wird.

Bei der Fusion durch Neugründung müssen die übertragenden Gesellschaften bis zum Eintritt der Fusion wenigstens zwei Jahre bestanden haben, wenn die von der neuen S.A. ausgegebenen Aktien uneingeschränkt verkehrsfähig sein sollen.

Die Aktionäre derjenigen übertragenden Gesellschaft, welche die Voraussetzung einer zweijährigen Existenz nicht erfüllt, werden zwar Anteilseigner der neuen S.A., jedoch unterliegen die an sie ausgegebenen Aktien der

272) HOUPIIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 958, p. 132, haben diese Auffassung schon vor Erlass des Décret-Loi vom 7.12.1954 vertreten.

Nach MOREAU, op. cit., n° 808, p. 1042, steht der Wortlaut des Gesetzes dieser Ansicht zumindest nicht entgegen. Ablehnend dagegen BASTIAN, aaO., Fasc. 164~~z~~, n° 13, p. 4, der seinen Standpunkt aber nicht begründet. Zum Schutze der Anleger scheint eine unterschiedliche Behandlung dieser Aktien nicht gerechtfertigt.

273) Siehe hierzu MOREAU, op. cit., n° 798, p. 1032.

Beschränkung des art. 3 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867.

Der Zeitpunkt, an dem diese Aktien uneingeschränkt verkehrsfähig werden, war eine Zeit lang umstritten. Heute ist es herrschende Meinung ²⁷⁴⁾, daß insoweit art. 3 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867 ohne Einschränkung angewendet wird und die volle Verkehrsfähigkeit dieser Aktien erst nach Ablauf von zwei Jahren nach der Gründung der neuen S.A. eintritt.

Da der Zeitpunkt der Fusion mit dem der Gründung der neuen S.A. identisch ist, kommt es vor, daß ein Teil der von der neuen S.A. ausgegebenen Aktien uneingeschränkt verkehrsfähig ist, ein anderer Teil jedoch nicht, obwohl sich die Aktien sonst in keiner Weise voneinander unterscheiden.

Wenn bei der Fusion durch Neugründung Aktien der übertragenden Gesellschaften noch nicht zwei Jahre alt waren, so erhalten deren Inhaber Aktien der neuen S.A., welche ebenfalls zwei Jahre vom Zeitpunkt der Fusion an der "interdiction de la négociabilité" unterliegen, ansonsten aber zu den übrigen, von der neuen S.A. emittierten Anteilen keinen Unterschied aufweisen ²⁷⁵⁾.

Die Verkehrsfähigkeit der von der neuen oder aufzunehmenden S.A. ausgegebenen Aktien hängt also ausschließlich davon ab, ob die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften an diesen Anteile besaßen, deren Emission wenigstens zwei Jahre vor dem Wirksamwerden der Fusion lag.

Bis zur Einführung des Gesetzes vom 25.V.1913 war die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Aktien in Belgien

274) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n^o 766, p. 892; abweichend MOREAU, op. cit., n^o 782, p. 996 ohne Angabe von Gründen. Zustimmend dagegen Cour de Cassation, vom 8.II.1955, in Gaz.Pal. 1955, 1, 288.

275) In diesem Sinne äußert sich eine schriftliche Stellungnahme der Direction du Trésor vom 16.V.1955, in Revue de Sociétés 1955, p. 273.

unbekannt. Unter dem Eindruck der französischen Regelung zum Schutze der Anleger wurde durch die art. 47 und 48 L.C. die "innégociabilité relative" eingeführt²⁷⁶⁾.

Seit der Einführung des Gesetzes vom 30.VI.1961 hat die Zweijahresfrist der "innégociabilité relative" nur noch für die "parts bénéficiaires" Gültigkeit. Die von der aufnehmenden oder neuen S.A. ausgegebenen Aktien sind daher heute sofort uneingeschränkt verkehrsfähig.

Der luxemburgische Gesetzgeber hat in den art. 44 und 45 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 die belgische Regelung, wie sie vor Erlass des Gesetzes vom 30.VI.1961 bestanden hat, übernommen.

Aktien, die als Gegenleistung für Sacheinlagen ausgegeben werden, sind erst zehn Tage nach der Veröffentlichung der zweiten Jahresbilanz, die auf die Emission folgt, von den Beschränkungen der "innégociabilité relative" befreit. Dieser Grundsatz findet auf die infolge der Fusion von der aufnehmenden oder neuen S.A. ausgegebenen Aktien immer dann Anwendung, wenn die übertragende Gesellschaft bis zum Eintritt der Fusionswirkungen weniger als fünf Jahre bestanden hat. Eine Veräußerung dieser Stücke ist daher nur nach den Regeln der "cession des titres" zulässig.

Wenn bei der Fusion durch Neugründung eine der übertragenden Gesellschaften länger als fünf Jahre bestanden hat, so sind die an deren Aktionäre ausgegebenen Aktien der aufnehmenden S.A. dennoch nicht von den Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit befreit, da sonst ein Verstoß gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre vorläge.

Eine gesetzliche Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Aktien ist dem holländischen Aktienrecht unbekannt. Auch

276) Vgl. hierzu WAUWERMANS, op. cit., n° 253, p. 163. Eine Veräußerung dieser Aktien war nur nach den Regeln über die "cession des titres" zulässig, art. 47 alinéa 2 L.C. alter Fassung.

Aktien, die noch nicht voll eingezahlt sind, genießen daher uneingeschränkte Verkehrsfähigkeit.

Allerdings kann die Fungibilität der Aktien einer N.V. durch die Satzung der Gesellschaft eingeschränkt sein²⁷⁷⁾

Indessen kann auch die Satzung die Übertragbarkeit der Aktien nicht völlig ausschließen.

Soweit infolge einer Satzungsbestimmung Anteilsrechte an der Gesellschaft untergehen, haben die Aktionäre, welche hierdurch betroffen werden, gegen die N.V. einen Anspruch auf Entschädigung.

Noch nicht voll eingezahlte Aktien müssen gemäß art. 39 WvK in einem besonderen Verzeichnis bei der N.V. geführt werden. Nach art. 38 d WvK kann sich nämlich die Gesellschaft einem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht darauf berufen, daß die von ihm erworbenen Aktien noch nicht voll eingezahlt seien.

Bei der Verschmelzung kann diese Frage indessen nur dann von Bedeutung sein, wenn wegen sogenannter Aktienspitzen, die auf Grund des Umtauschverhältnisses entstanden sind, von der aufnehmenden oder neuen N.V. Aktien gegen Bar-einlagen emittiert werden. Bei den Aktien, die als Gegenleistung für die von den Übertragenden Gesellschaften erbrachten Sacheinlagen ausgegeben werden, kann dies Problem nicht auftauchen, weil die Einlagen in voller Höhe geleistet sind.

Es fragt sich, ob die neu geschaffenen Aktien - ähnlich wie in Frankreich - auch nach italienischem Recht in ihrer Verkehrsfähigkeit beschränkt sind.

In art. 2355 II Codice Civile ist lediglich gesagt, daß noch nicht voll geleistete Einlagen nicht durch auf den Inhaber lautende Aktien repräsentiert werden dürfen. Über

277) Beispielsweise kann die Satzung bestimmen, daß die Aktien einer N.V. nur von holländischen Staatsangehörigen erworben werden dürfen oder die übrigen Aktionäre bei der Veräußerung von Kapitalanteilen ein Vorkaufsrecht haben.

Vgl. auch JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 14.6, S. 40.

eine gesetzliche Beschränkung der Verkehrsfähigkeit sagt die Vorschrift nichts.

Soweit die Satzung der Gesellschaft nichts anderes bestimmt, was gemäß art. 2355 III Codice Civile zulässig ist, sind daher Aktien, welche eine voll geleistete Einlage repräsentieren, unbeschränkt verkehrsfähig ²⁷⁸⁾.

Eine gesetzliche Einschränkung der Verkehrsfähigkeit ist aber auch für Aktien, auf welche die Einlage noch nicht in vollem Umfang geleistet ist, keineswegs erforderlich, solange nur Namensaktien zugelassen sind. Für die noch ausstehenden Einlagen haften gemäß art. 2356 I Codice Civile Erwerber und Veräußerer solcher Aktien als Gesamtschuldner.

Anhand des Aktienbuches der S.p.A., in welchem die Veräußerung der Namensaktien verzeichnet werden muß, bietet die Feststellung der haftenden Personen keine Schwierigkeiten.

Bei der Verschmelzung sind die Sacheinlagen, für welche den Aktionären der übertragenden Gesellschaften Aktien der aufnehmenden oder neuen S.p.A. gewährt werden, voll geleistet.

Diese Aktien unterliegen daher keiner Beschränkung der Verkehrsfähigkeit. Wenn die aus einer Kapitalerhöhung einer S.p.A. stammenden Aktien in ihrer Verkehrsfähigkeit eingeschränkt sein sollen, so muß eine derartige Bestimmung ausdrücklich in dem Fusionsvertrag bei der Fusion durch Aufnahme vereinbart sein.

Eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit kann für die neu geschaffenen Aktien der aufnehmenden oder neuen S.p.A. nur gelten, wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften sich mit einer solchen Regelung ausdrücklich einverstanden erklärt haben.

278) So ausdrücklich MOSSA, op. cit., vol IV, p. 272.

Eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit neu ausgegebener Aktien kennt das deutsche Aktiengesetz grundsätzlich nicht.

Nur die Satzung einer AG kann die Veräußerung der Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft, genauer gesagt, von der Zustimmung des Vorstandes abhängig machen.

In diesen Fällen handelt es sich regelmäßig um sogenannte vinkulierte Namensaktien ²⁷⁹⁾.

Inwieweit derartige Aktien im Zusammenhang mit der Verschmelzung von AGen emittiert werden, hängt vom Einzelfall ab. Grundsätzlich steht einer solchen Emission nichts entgegen.

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme entstehen die "neuen" Aktienrechte mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister, bei der Fusion durch Neubildung dagegen, wenn die neue AG eingetragen ist. Eine Ausgabe der Aktien vor diesem Zeitpunkt führt zur Nichtigkeit der Aktienrechte, eine gültige Übertragung ist laut §§ 34, 158 AktG nicht möglich.

Wenn die Aktien ordnungsgemäß nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung ausgegeben worden sind, so unterliegen sie keiner Beschränkung der Verkehrsfähigkeit, es sei denn, die Satzung der aufnehmenden oder neuen AG enthalte auf Grund einer besonderen, im Verschmelzungsvertrag festgelegten Abrede hierüber ausdrückliche Bestimmungen ²⁸⁰⁾.

270) Für Einzelheiten vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 4 zu § 61.

280) Damit ist zugleich gewährleistet, daß die Aktionäre, zumindest jedoch die erforderliche Mehrheit, mit einer derartigen Einschränkung ihrer Rechte einverstanden sind.

§ 9. DIE FORMERFORDERNISSE BEI DER VERSCHMELZUNG.

Die einzelnen Aktienrechte innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sehen im Hinblick auf die Durchführung der Hauptversammlungen bei den beteiligten AGen Formerfordernisse vor, die teilweise erheblich voneinander abweichen. Das gilt insbesondere auch für die Eintragung einzelner Maßnahmen in öffentliche Register und die darauf resultierende Publizität.

I. Die Formerfordernisse bei der Beschlußfassung der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.

Aus eigenem Recht können sich die Aktionäre einer französischen S.A. grundsätzlich nicht versammeln ²⁸¹⁾.

Die Einberufung der HV fällt in die Zuständigkeit der Verwaltung der S.A. und muß mindestens 15 Tage vor dem Zusammentreten der HV in einem "journal d'annonces légales" veröffentlicht werden ²⁸²⁾.

Zugleich hiermit ist auch die Tagesordnung der außerordentlichen HV zu veröffentlichen, welche alle Punkte aufzählen muß, die zur Beschlußfassung anstehen.

Für die Aktionäre liegt hierin eine Garantie, daß nur über Anträge abgestimmt wird, welche ihnen bereits vor dem Zusammentreten der HV angekündigt worden sind.

Wenn auch die Einzelheiten der Fusion nicht in der Tagesordnung detailliert aufgeführt zu werden brauchen, so genügt andererseits eine allgemeine Kennzeichnung dieses Tagesordnungspunktes unter der Rubrik "Verschiedenes" oder auch als "Prüfung der Lage der Gesellschaft und Beschlußfassung über die sich hieraus ergebenden Konsequenzen" ²⁹³⁾ nicht.

281) RIPERT, op. cit., tome I, n° 1083, p. 520.

282) MOREAU, op. cit., n° 806, p. 1041, Die näheren Einzelheiten sind in art. 28 alinéa und art. 35 alinéa 2 des Gesetzes vom 24.VII.1867 enthalten.

283) Tribunal Commercial BÉZIERS, vom 7.III.1938, in Gaz.Pal. 1938, 1, 784 und Tribunal Commercial de la Seine, vom 24.III.1902, in Gaz.Pal 1902, 2, 61.

Über die HV der Aktionäre ist ein Protokoll anzufertigen, das der notariellen Form nicht bedarf. Es muß die Beschlüsse der Aktionäre enthalten.

Ganz ähnliche Bestimmungen hat der belgische Gesetzgeber getroffen. Auch nach belgischem Recht wird die HV, in welcher über die Verschmelzung beschlossen werden soll, durch die Verwaltung der Übertragenden Gesellschaft einberufen.

Gemäß art. 73 Lois coordonnées muß diese HV zweimal im Abstand von acht Tagen im "Moniteur Belge" und in je einer Brüsseler und einer Provinzzeitung angekündigt werden.

Bei wichtigen Anträgen für eine Satzungsänderung, wie es die vorzeitige Auflösung einer S.A. zum Zwecke der Fusion ist, haben die Aktionäre Anspruch auf einen besonderen, detaillierten Bericht der Verwaltung, welcher ihnen spätestens fünfzehn Tage vor dem Zusammentreten der HV zugestellt werden muß²⁸⁴⁾. Der Beschluß der HV der Aktionäre kann unter der Bedingung stehen, daß die Aktionäre der aufnehmenden S.A. innerhalb einer bestimmten Frist die Fusion billigen²⁸⁵⁾.

Nach dem luxemburgischen Aktienrecht ist die Einberufung der HV der Aktionäre, Form und Inhalt der Tagesordnung sowie deren Bekanntmachung in art. 70 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 geregelt, sofern die Gesellschaftssatzungen nichts anderes vorsehen²⁸⁶⁾. Der Verlauf und die Beschlüsse der HV müssen hier in einem notariellen Protokoll niedergelegt werden²⁸⁷⁾. Bei Änderungen

284) VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 811, p. 487.

285) RESTEAU, op. cit., tome II, n^o 1307, p. 440.

286) Vgl. Cour Supérieure de Justice (Cassation Civile) vom 7.VII.1950, in Pasirisie Luxembourggeoise, Jurisprudence Luxembourggeoise 1950-53, p. 39/40.

287) Vgl. Tribunal d'arrondissement de LUXEMBOURG, vom 14.VII.1956, in Pasirisie Luxembourggeoise, Jurisprudence Luxembourggeoise 1954-56, p. 567/68.

der Form oder des Zwecks der S.A. hat das Gesetz vom 10.VIII.1915 verschärfte Anforderungen an die Publizität der Gesellschaft gestellt. Die Form, in der die notwendigen Mitteilungen der Gesellschaft im "Mémorial" und in lokalen Zeitungen auf deutsch und französisch veröffentlicht werden, unterscheidet sich nur unwesentlich von der Regelung des belgischen Rechts. Das gleiche läßt sich für die Abfassung des Protokolls der HV der Aktionäre und die Eintragungen in das Handelsregister sagen.

Die Vorschriften der art. 43 f bis 43 h sowie 45 b WvK setzen zwingend nur formelle Mindestanforderungen für die Einberufung und die Abwicklung der HV der Aktionäre nach holländischem Aktienrecht fest.

Die Einberufungsfrist beträgt fünf Tage, wobei der Tag der Einberufung und der des Zusammentretens der HV nicht mitgerechnet wird. Beschlüsse der HV, die unter Nichtbeachtung dieser Formvorschriften gefaßt werden, sind unwirksam, es sei denn, daß in der HV das gesamte Aktienkapital vertreten ist und die Beschlüsse einstimmig gefaßt werden.

Bei größeren N.V. ist ein solcher Fall praktisch kaum vorstellbar; bei kleineren Familiengesellschaften (besloten vennootschap) und erst recht bei der nach holländischem Recht zulässigen Einmann-AG kann diese Vorschrift immerhin praktisch werden 288).

Wie jede Satzungsänderung bedarf der Beschluß über die Auflösung der N.V. gemäß art. 45 c I, 1 WvK der notariellen Beurkundung und außerdem der Unbedenklichkeitsbescheinigung des art. 45 d I durch den Justizminister, die aber nur in besonderen Ausnahmefällen (art. 45 d II WvK) verweigert wird 289).

288) Vgl. VAN DER HEIJDEN, op. cit., n^o 373 sowie JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 11, S. 24.

289) Vgl. art. 36 e II WvK, der die Voraussetzungen für die Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bei der Gründung der N.V. normiert.

Auch nach italienischem Aktienrecht werden die Aktionäre durch den Vorstand (amministrazione) der S.p.A. zu einer außerordentlichen HV zusammengerufen. Das gilt für die Übertragenden wie für die aufnehmende S.p.A.

Unter Beachtung der in art. 2366 Codice Civile vorgeschriebenen Formerfordernisse ist den Aktionären die Tagesordnung der HV durch Veröffentlichung in der "Gazzetta Ufficiale" bekanntzumachen.

Ungeachtet eines Verstosses gegen diese Formvorschriften kommt ein Beschluß der HV wirksam zustande, wenn sämtliche Aktionäre anwesend oder ordnungsgemäß vertreten sind und außerdem die gesamte Verwaltung der Gesellschaft an der HV teilnimmt.

Die Verwaltung darf sich nicht damit begnügen, der HV der Aktionäre lediglich den Antrag auf Zustimmung zu der geplanten Verschmelzung vorzulegen.

Gemäß art. 2375 II Codice Civile werden die Protokolle der HV der Aktionäre der an der Fusion beteiligten Gesellschaften notariell beurkundet.

Die Formerfordernisse bei der Durchführung der HV der Aktionäre in Deutschland richten sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 105 ff. AktG, wobei insbesondere die §§ 108 und 111 AktG zu beachten sind.

II. Die Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.

Bei der "fusion par combinaison" bildet in Frankreich art. 55 des Gesetzes vom 24.VII.1867, auf den art. 59 des gleichen Gesetzes, in der Fassung des Décret-Loi vom 30.X.1935, verweist, die grundlegende Formvorschrift

Die Satzung der neuen S.A. muß dem Tribunal de Commerce, das für den Sitz der Gesellschaft zuständig ist, in der Form des "dépôt au greffe" eingereicht werden.

Hierbei ist von Bedeutung, ob das Kapital der neuen S.A. ausschließlich durch Sacheinlagen aufgebracht worden ist, oder ob auch Aktien für Bareinlagen emittiert werden. Dieser letztere Fall ist in der Praxis der häufigere. Allerdings muß bereits vor der Zeichnung der "actions en numéraire" je ein Exemplar der Satzung und des Fusionsvertrages sowie das notarielle Protokoll über den Beschluß des "conseil d'administration", welcher die Ausgabe dieser Aktien betrifft, bei dem Handelsgericht eingereicht worden sein.

Nach der Einreichung der Satzung beim Tribunal de Commerce ist die Gründung der neuen S.A. in einem "journal d'annonces légales" am Sitz der Gesellschaft bekanntzumachen und anschließend in das "registre du commerce" zur Eintragung anzumelden. Diese Anmeldung hat der "président directeur général" vorzunehmen²⁹⁰⁾.

Innerhalb von 14 Tagen, nachdem der "conseil d'administration" der neuen S.A. seine Tätigkeit aufgenommen hat, ist die Fusion in einem Amtsblatt anzuzeigen. Diese Anzeige muß nach einer Woche wiederholt werden. Darüber hinaus muß die Fusion zusätzlich innerhalb der gleichen Frist im "Bulletin officiel du registre du commerce et du registre des métiers" bekanntgegeben werden. Weitaus bedeutsamer als diese Formvorschriften ist die Abgabe der "déclaration de l'existence"²⁹¹⁾.

Soweit die von den übertragenden Gesellschaften eingebrachten Sacheinlagen auch Immobilien umfassen, was häufig der Fall ist, müssen zusätzlich die besonderen Formvorschriften des Décret vom 4.I.1955 beachtet werden²⁹²⁾.

290) So die Cour de PARIS, vom 17.VII.1950, in SIREY 1950 II, 122.

291) Diese Erklärung ist gegenüber dem "inspecteur des contributions directes" innerhalb eines Monats nach der Eintragung der neuen S.A. abzugeben. Andernfalls treten die Folgen aus art. 222 C.G.I. ein. Vgl. auch MOREAU, op. cit., n° 823, p. 1066/67.

292) Näheres hierzu vgl. bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164² n° 110, p. 19/20.

Mit der Gründung der neuen S.A. tritt die letzte Bedingung ein, von der die Auflösung der übertragenden Gesellschaften abhängig war.

Die Liquidatoren dieser Gesellschaften müssen die Erklärungen über die Auflösung sowie je zwei Ausfertigungen der Protokolle über die Aktionärshauptversammlungen und gegebenenfalls die Protokolle über die Generalversammlungen der Inhaber von Gründeranteilen und Obligationen, soweit solche stattgefunden haben, dem "registre de commerce" einreichen. Hieran schließt sich eine Bekanntmachung darüber an, daß die Auflösung der fusionierenden Gesellschaften durch die Fusion bedingt ist. Darauf wird die Fusion in das "registre de commerce" eingetragen.

Bei der "fusion par absorption" sind naturgemäß weniger Formvorschriften einzuhalten als bei der Fusion durch Neugründung, da die mit der Gründung einer neuen S.A. notwendig verbundenen Formalien entfallen. Bei der Fusion durch Aufnahme muß ein Exemplar des Verschmelzungsvertrages sowie je eine Ausfertigung der Protokolle sämtlicher im Zusammenhang mit der Fusion abgehaltenen HV der Aktionäre in beglaubigter Form den für die beteiligten S.A. zuständigen Handelsgerichten eingereicht werden 293).

Das gilt in gleicher Weise für die Niederschriften über die Generalversammlungen der Inhaber von "parts de fondateur" und der Obligationäre. Der "dépôt au greffe du tribunal de commerce" wird von der Verwaltung der aufnehmenden S.A. und den Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft vorgenommen.

Sodann gibt die aufnehmende S.A. die Erhöhung ihres Grundkapitals, die aufgelöste Gesellschaft ihre Auflösung in einem "Journal d'annonces légales" bekannt. An-

293) JOLY, op. cit., tome II, "Fusion", n^o 48 bemerkt ausdrücklich: "procès-verbal sous forme authentique".

schließlich erfolgt die Eintragung der Veränderungen bei der aufnehmenden S.A. und die Löschung der aufgelösten Gesellschaft im "registre de commerce".

Die der Steuerbehörde (inspecteur des contributions directes) gemäß art. 222 C.G.I. bei der Gründung der aufgelösten Gesellschaft abgegebene "déclaration d'existence" wird durch eine entsprechende "déclaration de cessation d'exploitation" zurückgenommen.

Alle diese Maßnahmen tragen ausschließlich deklaratorischen Charakter ²⁹⁴⁾.

Das gleiche gilt für das belgische Aktienrecht ²⁹⁵⁾.

Da die Übertragung des gesamten Vermögens von der aufgelösten Gesellschaft auf die aufnehmende S.A. sich im Wege der "transmission à titre universel" vollzieht, gelten insofern die Vorschriften des art. 1690 Code Civil und die für die Einzelübertragung von Sachen und Rechten vorgeschriebenen Formerfordernisse nicht ²⁹⁶⁾.

Immobiliarrechte, welche im Regelfall zu dem übertragenen Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gehören, müssen umgeschrieben werden. Eine besondere Bekanntmachung ist jedoch wegen der Publizierung der Fusion nicht erforderlich ²⁹⁷⁾.

Die Protokolle über die HV der Aktionäre, die im Zusammenhang mit der Fusion bei den beteiligten S.A. stattgefunden haben, sind "sous forme authentique" abgefaßt. Der Notar kann zugleich den Vermerk anfügen, daß die Verschmelzung wirksam geworden ist, wenn die Aktionäre aller übrigen beteiligten Gesellschaften ihre Zustimmung bereits gegeben haben ²⁹⁸⁾. Zusammen mit den Er-

294) Cour de Cassation, vom 4.VII.1960, in Gaz.Pal., Jurisprudence, 1960, II. p. 198.

295) WAUWERMANS, op. cit., n° 767, p. 485.

296) Vgl. Tribunal de Commerce de BRUXELLES, vom 15.XII.1941, in Rev. prat. soc. 1947, p. 309; Cour de Cassation vom 30.IX.1954, in Rev.prat.soc. 1955, p. 151.

297) VAN RYN, op. cit., tome I, n° 858, p. 511.

298) RESTEAU, op. cit., tome II, n° 1307, p. 441.

klärungen über die vorzeitige Auflösung der übertragenden Gesellschaft und die Beendigung ihrer Liquidation müssen die Protokolle jeweils binnen fünfzehn Tagen dem "Tribunal de commerce" gemäß art. 10 und 12 L.C. eingereicht werden.

Das Gericht veranlaßt sodann die Veröffentlichung in einem besonderen Anhang des "Moniteur Belge" 299).

Nachdem die Kapitalerhöhung der aufnehmenden S.A. im Handelsregister eingetragen worden ist, wird das Protokoll der HV der Aktionäre im Anhang des "Moniteur Belge" auf Veranlassung des Notars veröffentlicht.

Bei der Fusion durch Neugründung ist die Satzung (acte de société) in notarieller Form aufzustellen. Nach der Zustimmung der Gründer der neuen S.A. muß die Satzung im Handelsregister eingetragen werden. Die weiterhin notwendigen Formerfordernisse ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz.

Nach luxemburgischen Recht sind gleichermaßen die Erklärungen über die Auflösung der übertragenden Gesellschaft, die Beendigung ihrer Liquidation und ihr Erlöschen einerseits sowie die Anmeldung der Gründung der neuen S.A. oder die Erklärung über die vollzogene Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft andererseits bei dem zuständigen "registre de commerce" einzureichen.

In Holland wird der Beschluß über die Satzungsänderung einer N.V. zusammen mit der ministeriellen Unbedenklichkeitserklärung, welche bei der Gründung der neuen und bei der Kapitalerhöhung der aufnehmenden N.V. erforderlich ist, in notariell beglaubigter Abschrift dem "Nederlandsche Staatscourant" zur Veröffentlichung eingereicht.

Mit der Veröffentlichung ist der gute Glaube Dritter an den Fortbestand des Rechtszustands vor der Verschmelzung ausgeschlossen.

299) Näheres hierzu bei VAN RYN, op. cit., tome I, n° 392 ff. und n° 400 ff.

Die Auflösung der übertragenden N.V. muß neben der Eintragung in das Handelsregister wegen ihrer besonderen Bedeutung zusätzlich in einer regionalen Zeitung bekannt gemacht werden.

Die Formvorschriften über die Eintragung in das Handelsregister und die Publizität der neuen N.V. haben im Hinblick auf die Wirksamkeit der Gründung der Gesellschaft lediglich deklaratorische Bedeutung.

Ihre Verletzung zeitigt allerdings haftungsrechtliche Folgen und zwar dergestalt, daß nach art. 36 g WvK neben der N.V. auch ihr Exekutivorgan, gegebenenfalls auch die Mitglieder des Aufsichtsrates, gesamtschuldnerisch für Schäden haften, welche Dritten hieraus entstanden sind.

Die notariellen Niederschriften über die HV der Aktionäre der an der Fusion beteiligten S.p.A. sind in Italien entweder durch den beurkundenden Notar oder durch die Verwaltungen binnen dreißig Tagen dem "registro delle imprese" einzureichen.

Der Vermögensstatus der Gesellschaft ist gemäß art. 2502 II Codice Civile beizufügen.

Das Landgericht ³⁰⁰⁾, das zu prüfen hat, ob bei der Beschlußfassung der Aktionäre die gesetzlichen Vorschriften beachtet worden sind, muß laut art. 2411 III Codice Civile vor seiner Entscheidung den Vertreter des öffentlichen Interesses hören.

Wenn keine Bedenken bestehen, ordnet das Gericht die Eintragung der Beschlüsse in das Unternehmensregister an.

300) Vgl. STURM, in Handels- und Wirtschaftsrecht der EWG, Italien/III, Anmerkung zu art. 2275 Codice Civile. Demnach entspricht in der italienischen Gerichtsverfassung, welche große Ähnlichkeit mit der deutschen aufweist, "Tribunale" in seiner Ausgestaltung als Kollegialgericht dem deutschen Landgericht.

Ungeachtet dessen bestehen die Übertragenden Gesellschaften zunächst als Rechtssubjekte weiter³⁰¹⁾, denn sie erlöschen erst mit der Eintragung des Verschmelzungsvertrages in das Unternehmensregister am Sitz der aufnehmenden oder neuen S.p.A.

Für die Einreichung des Fusionsvertrages gelten gemäß art. 2504 II Codice Civile besondere Formvorschriften. Hiernach muß die Verwaltung der aufnehmenden S.p.A. oder ein Notar den Fusionsvertrag binnen 30 Tagen - nach dem zustimmenden Beschluß der HV der Aktionäre, weil der Vertrag erst dann unbedingt wirksam ist - dem Unternehmensregister am Sitz der aufnehmenden S.p.A. einreichen.

Das deutsche Aktienrecht hat in den §§ 239 und 247 AktG Vorschriften geschaffen, welche die Formerfordernisse bei der Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung der Verschmelzung von AGen festlegen.

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme haben die Vorstände der beteiligten Gesellschaften die erforderlichen Unterlagen einzureichen und die Verschmelzung bei dem zuständigen Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Der Treuhänder muß dem Registerrichter gegenüber die Erklärung abgeben, daß er im Besitz der an die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaften auszugebenden Aktien ist, bevor die Eintragung der Verschmelzung vollzogen werden kann.

Der § 247 I AktG enumeriert diejenigen Vorschriften der Verschmelzung durch Aufnahme, die auch für die Fusion durch Neubildung gelten. Die neu zu gründende AG ist nach § 247 V AktG von den Vorständen der Übertragenden Gesellschaften beim Registergericht, das für den Sitz der neuen AG zuständig ist, zur Eintragung anzumelden³⁰²⁾.

301) FIORENTINO, aaO., p. 639.

302) Für weitere Einzelheiten, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 - 5 zu § 239 und Anm. 23-31.

§ 10. DIE NICHTIGKEIT UND ANFECHTBARKEIT.

Im Zusammenhang mit der Verschmelzung kann es geschehen, daß Maßnahmen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder ihrer Organe mit formalen oder sachlichen Mängeln behaftet sind.

Nach der Schwere der einzelnen Mängel unterscheiden die nationalen Aktienrechte im Gemeinsamen Markt, ob die getroffenen Maßnahmen unwirksam oder anfechtbar sind.

Die Konsequenzen können im Ergebnis die gleichen sein. Wird der Mangel nicht geheilt, so hat die Unwirksamkeit der von einer der beteiligten Gesellschaften getroffenen Maßnahmen zur Folge, daß der frühere Rechtszustand wieder eintreten muß.

I. Die Nichtigkeit von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.

Was im folgenden als Nichtigkeit (*nullité*, *nietigheid*, *nullitê*) bezeichnet ist, deckt sich nicht mit dem vom BGB gemeinten Begriff, sondern ist eine Kombination aus Nichtigkeit und Unwirksamkeit. Dennoch soll auch weiter der Begriff Nichtigkeit, der internationalen Terminologie folgend, verwandt werden.

In Frankreich ist eine Maßnahme der an der Fusion beteiligten Gesellschaften nichtig, wenn sie in gravierender Weise gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt.

Nach art. 41 des Gesetzes vom 24.VII.1867 haben alle Verstöße gegen die Gründungsvorschriften der art. 22 bis 25 des genannten Gesetzes die Nichtigkeit der getroffenen Maßnahmen zur Folge.

Ein derartiger Fall kann im Zusammenhang mit der "fusion par combinaison" praktisch werden ³⁰³⁾.

303) Wird ein derartiger Formverstoß bei der durch die Fusion bedingten Gründung einer S.A. nicht geheilt, so ergreift die Nichtigkeit auch den Auflösungsbeschluß der HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaften; vgl. auch MOREAU, op. cit., n° 828, p. 1007.

Wenn eine "assemblée générale" nicht unter Beachtung der von Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Formerfordernisse einberufen wird, zusammentritt und abstimmt, so entfaltet ein dennoch gefaßter Beschluß keine rechtsverbindlichen Wirkungen.

Eine Heilung der Nichtigkeit ist nur dadurch möglich, daß der inkriminierte Beschluß in einer erneut einberufenen HV ordnungsgemäß neu gefaßt wird ³⁰⁴⁾.

Wenn es sich hierbei um den Beschluß einer HV derjenigen S.A. handelt, die infolge der Fusion erlischt, so ergeben sich erhebliche praktische Schwierigkeiten.

Die ehemaligen Aktionäre dieser Gesellschaft lassen sich allenfalls anhand der Nummern feststellen, welche die von der aufnehmenden oder neuen S.A. ausgegebenen Stücke tragen.

Bei den Rechtsnachfolgern dieser Anteilseigner wird die Feststellung noch schwieriger.

Ein Organ, das zur Einberufung einer HV der ehemaligen Aktionäre einer erloschenen S.A. befugt wäre, existiert ebenfalls nicht, so daß hierzu und zur Leitung der HV ein durch das Gericht bestellter Beauftragter eingesetzt werden muß ³⁰⁵⁾.

Stellt sich heraus, daß ein im Zusammenhang mit der Fusion bei der aufnehmenden S.A. gefaßter Beschluß nichtig war, so sind in der neu einzuberufenden HV nur diejeni-

304) Cour de DOUAI, vom 7.I.1954, in SIREY 1954 II 98.

305) So DALSACE, in Encyclopédie DALLOZ, Sociétés, "Fusions", p. 394.

Die Nichtigkeit von Maßnahmen, welche grobe Verstöße gegen gesetzliche Mindestanforderungen enthalten, wird zwar als rückwirkend angesehen, die Existenz eines gesellschaftsrechtlichen Organismus vom Wirksamwerden der Fusion bis zur Feststellung des Mangels läßt sich hingegen nicht leugnen. In diesen Fällen bietet die Lehre von der "société de fait" brauchbare Lösungsmöglichkeiten. Vgl. hierzu Cour de Cassation, vom 27.I.1920, in Gaz.Pal. 1920, I, 189. Eingehend hierzu auch MOREAU, op. cit., n° 829, p. 1075.

gen Aktien stimmberechtigt, welche bereits vor der Verschmelzung bestanden haben.

Ebenso wie das französische unterscheidet auch das belgische Recht sachliche und formale Mängel von Maßnahmen einer S.A.; insbesondere von Beschlüssen der HV ihrer Aktionäre.

In besonderen Fällen, die außergewöhnlich schwer wiegen, haben diese Mängel die Nichtigkeit der getroffenen Entscheidung zur Folge.

Die Verletzung der in art. 71 L.C. enumerierten Tatbestände, zu denen diejenigen satzungsändernden Beschlüsse der HV der Aktionäre zählen, welche entweder gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstoßen oder die unzulässige Erhöhung der Aktionärspflichten zum Gegenstand haben oder die generelle Aufhebung des Dividendenanspruchs der Aktionäre vorsehen ³⁰⁶⁾, hat die Nichtigkeit der getroffenen Entscheidung zur Folge. Alle übrigen Maßnahmen einer S.A. sind nicht von vornherein unwirksam, sondern nur mit Hilfe der Anfechtungsklage vernichtbar.

Die Regelung des luxemburgischen Rechts über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Maßnahmen einer S.A. unterscheidet sich nicht wesentlich vom belgischen Aktienrecht.

In art. 67 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 und in art. 71 des gleichen Gesetzes, neugefaßt durch das Gesetz vom 20.VI.1930, sind die Voraussetzungen für die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit normiert ³⁰⁷⁾,

Das betrifft vornehmlich die Entscheidungen der HV der Aktionäre.

306) Vgl. VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 714, p. 445.

307) Vgl. die Zusammenstellung bei FREDERICQ, op. cit., tome VI, n^o 988, p. 1458.

Der Beschluß der Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft, diese aufzulösen, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift hat die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge ³⁰⁸⁾.

Die Maßnahme einer N.V. ist nach holländischem Recht nur dann von Anfang an unwirksam, wenn das Gesetz eine solche Konsequenz unmittelbar vorschreibt.

Der in der Praxis wohl häufigste Fall der Nichtigkeit ist der, daß ein die Wirksamkeit einer Maßnahme konstituierendes Element, wie e.g. die Unbedenklichkeitserklärung nach art. 45 d I WvK fehlt.

Grobe Verstöße gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes, welche von den an der Fusion beteiligten S.p.A. oder ihren Organen ausgehen, führen auch nach italienischem Recht zur Nichtigkeit der getroffenen Entscheidungen.

Dies gilt insbesondere für Beschlüsse der HV der Aktionäre, zum Beispiel dann, wenn der Gegenstand des Beschlusses rechtlich unmöglich oder unzulässig ist, die besonderen Formvorschriften des art. 2504 Codice Civile nicht beachtet wurden oder der Beschluß der HV nicht mit der nach art. 2368 Codice Civile erforderlichen Mehrheit zustande gekommen ist.

Die aktienrechtliche "nullità" muß in einem besonderen gerichtlichen Verfahren formell festgestellt werden. Bis zum Zeitpunkt dieser Feststellung können selbst schwere Formverstöße durch die nachträgliche Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse geheilt werden.

Der art. 2379 Codice Civile verweist auf die art. 1421 bis 1423 desselben Gesetzes, so daß zur Erhebung der "azione di accertamento della nullità" jeder aktiv-legitimiert ist, der ein begründetes Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit geltend machen kann.

308) Argumentum e contrario aus Cour Supérieure de Justice, vom 18.V.1933, in Pas. Lux., tome XIII, p.100.

Die §§ 195 bis 202 AktG enthalten ausführliche Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der HV der Aktionäre und des vom Vorstand festgestellten Jahresabschlusses einer AG.

Im Zusammenhang mit der Verschmelzung von Aktiengesellschaften interessieren vor allem die Folgen, die sich daraus ergeben können, daß Beschlüsse der HV der Aktionäre mit formalen oder sachlichen Mängeln behaftet sind.

Auch die Konsequenzen, welche sich aus der Nichteinhaltung der Bilanzvorschriften des § 242 AktG ergeben, gehören hierher ³⁰⁹⁾.

Auf die Nichtigkeitsklage des § 201 AktG ist § 246 AktG entsprechend anzuwenden ³¹⁰⁾.

Im übrigen gelten auch für die Verschmelzungsbeschlüsse die allgemeinen Grundsätze der §§ 195 ff. AktG. Wenn der Gesetzgeber von 1937 auch zwischen Nichtigkeit, Unwirksamkeit ³¹¹⁾ und Anfechtbarkeit von Entscheidungen einer AG oder ihrer Organe unterschieden hat, so führen erfolgreiche Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen zum gleichen Ergebnis, denn die inkriminierten Beschlüsse der HV werden für nichtig erklärt ³¹²⁾.

Das Urteil, das diese Erklärung rechtskräftig ausspricht, wirkt für und gegen alle Anfechtungsberechtigten ³¹³⁾.

Der Vorstand der beklagten AG muß das Urteil zum Handelsregister einreichen. Nach § 144 FGG kann der Verschmelzungsbeschluß der HV der Aktionäre aber nicht gelöscht werden, weil nicht er, sondern die Verschmelzung selbst Gegenstand der Eintragung in das Handelsregister ist.

309) Vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 12 zu § 242.

310) Ganz herrschende Meinung, siehe BAUMBACH-HUECK, Anm. 1 zu § 246 mit ausführlichen Hinweisen.

311) BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 vor § 195.

312) Dies folgt unmittelbar aus § 195, Satz 1 AktG; vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 7 zu § 246.

313) Näheres bei BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 zu § 200.

Die Gründe, welche zur Nichtigkeit eines Beschlusses der HV der Aktionäre führen, enumeriert § 195 AktG abschließend.

Bei der Fusion sind in erster Linie die Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Gesellschaften vom Registerrichter daraufhin zu überprüfen, ob sie Mängel im Sinne des § 195 AktG aufweisen.

Wenn auf einem nichtigen Verschmelzungsbeschuß weitere Entscheidungen der HV der Aktionäre beruhen, so werden auch diese Beschlüsse von der Nichtigkeit erfaßt. So ist e.g. die Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden AG ebenfalls nichtig, da ihr Grund mit der Beseitigung des Verschmelzungsbeschlusses wegfällt ³¹⁴⁾.

Die "Nichtigkeit" von Beschlüssen der HV ist unter den in § 196 AktG erwähnten Voraussetzungen heilbar.

Diese Vorschrift findet auch auf Beschlüsse der HV der Aktionäre, welche die Verschmelzung von AGen betreffen, entsprechende Anwendung ³¹⁵⁾.

Wenn dem Mangel nicht abgeholfen werden kann, müssen die auf den fehlerhaften Beschluß beruhenden Maßnahmen rückgängig gemacht werden. Gegebenenfalls muß die "Entschmelzung" durchgeführt werden ³¹⁶⁾.

Das bedeutet, daß die übertragende Gesellschaft als fortbestehend und ihr Vermögen als nicht übergegangen angesehen werden muß ³¹⁷⁾.

II. Die Anfechtbarkeit von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften.

Abgesehen von den praktisch wenig häufigen Fällen, welche die Nichtigkeit zur Folge haben, führen nach fran-

314) Eingehend SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 13 zu § 246 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

315) Vgl. auch RGZ, 164, 220, 224.

316) Der Fall dürfte kaum praktisch werden; vgl. aber SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 14 zu § 246.

317) So BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 zu § 246 mit Hinweisen.

zösischem Aktienrecht alle übrigen formellen oder sachlichen Mängel von Maßnahmen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zur Anfechtbarkeit. Das System der Anfechtungsgründe ist keineswegs abschließend gesetzlich geregelt ³¹⁸⁾, und eine Darstellung im Sinne einer Kasuistik würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen.

Wollte man wegen jedes geringfügigen Verfahrensmangels die Anfechtungsklage zulassen, so würde dies zu unübersichtbaren Folgen führen. Daher ist für die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage Voraussetzung, daß der gerügte Mangel einen tatsächlichen Einfluß auf die getroffenen Entscheidungen gehabt hat ³¹⁹⁾.

Das ist grundsätzlich der Fall, wenn "manoeuvres dolosives" festgestellt werden, die dem eigentlichen Anwendungsbereich der "action paulienne" ausmachen. Die Arglist, mit deren Hilfe die anfechtbare Entscheidung herbeigeführt wurde, muß von einem Organ einer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder einer Einzelperson ausgehen ³²⁰⁾.

Hierher gehört auch der seltenere Fall der Drohung, der e.g. dann vorliegt, wenn ein Großgläubiger einer S.A. diese zur Fusion mit einem von ihm bezeichneten Unternehmen unter der Drohung veranlaßt, er werde sonst das Konkursverfahren gegen die Schuldnergesellschaft betreiben.

318) VAN OMESLAGHE, op. cit., n° 52, p. 100.

319) Vgl. HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 693, p. 820, die betonen: "...l'irrégularité doit avoir exercé une influence sur le vote, pour que la nullité soit prononcée".

320) MARTIN, op. cit., p. 55 beruft sich auf eine Entscheidung der Cour de PARIS vom 1.III.1937 in Revue Trimestrielle des Sociétés 1938, p. 63, nach der die Anfechtung Erfolg hatte, weil die Mehrheit der Aktionäre die von der Verwaltung gefälschte Jahresbilanz wissentlich gutgeheißen hatte, um sich dadurch bei der geplanten Fusion Vorteile zu verschaffen. In diesem Fall hafteten die Aktionäre zusammen mit den Mitgliedern des "conseil d'administration" als Gesamtschuldner.

Ein Verstoß gegen die Publizitätsvorschriften der art. 55 und 56 des Gesetzes vom 24.VII.1867 führt gemäß art. 58, unter Beachtung der Bestimmungen des art. 8 des nämlichen Gesetzes, zur Vernichtbarkeit der getroffenen Maßnahmen.

Eine weitere Gruppe von Fällen, welche die Anfechtbarkeit begründen, sind die des "abus de droit" ³²¹⁾ und des "détournement du pouvoir" ³²²⁾.

Wissenschaft und Rechtsprechung haben diese Lehre entwickelt, die vornehmlich dazu dient, Maßnahmen rückgängig zu machen, welche entgegen dem Wohl der S.A. im Interesse einzelner Gruppen von Personen, seien es Aktionäre oder Gläubiger, getroffen wurden ³²³⁾.

Die Anfechtungsklage ermöglicht es einzelnen, von der Fusion einer S.A. betroffenen Personen, die Wirksamkeit von Maßnahmen der fusionierenden Gesellschaften, insbesondere der Beschlüsse der HV der Aktionäre, der Inhaber von "parts de fondateur" oder der Obligationäre auf ihr rechtmäßiges Zustandekommen hin nachprüfen zu lassen.

Nach art. 8 des Gesetzes vom 24.VII.1867, in der Fassung durch das Décret-Loi vom 30.X.1935, ist das angerufene Gericht befugt, dem Anfechtungsgegner, also regelmäßig der Gesellschaft, eine angemessene Frist zur Beseitigung des gerügten Mangels zu setzen.

Gemäß art. 8, letzter Absatz des zitierten Gesetzes verjährt das Anfechtungsrecht mit dem Ablauf von fünf Jahren, gerechnet vom Entstehen des Anfechtungsgrundes an.

Solange die Unwirksamkeit der angefochtenen Maßnahme nicht gerichtlich feststeht, ist auch eine "action en

321) Das sind die Fälle, die nach Tribunal Commercial de la Seine vom 8.VI.1960, in Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1961, p. 636 nicht "conforme aux intérêts sociaux" oder "entaché de fraude" sind.

322) Vgl. hierzu Cour de Cassation, vom 19.I.1959, in DALLOZ, Jurisprudence, 1959, p. 260.

323) Vgl. VAN OMMESELAGHE, op. cit., n^o 52, p. 100.

responsabilité" nur innerhalb von fünf Jahren zulässig. Diese Klage ist auf Schadensersatz gerichtet. Passiv-legitimiert sind diejenigen Organe der S.A. oder einzelne ihrer Mitglieder, welche den Mangel verursacht haben. Sie haften in allen Fällen gesamtschuldnerisch (solidairement) ³²⁴⁾.

Unabhängig von der aktienrechtlichen "action de responsabilité" ist auch die allgemeine Haftungsklage gemäß art. 1382 Code Civil möglich, soweit diese nicht durch besondere Regelungen der Gesellschaftsatzung ausgeschlossen ist.

Die strafrechtlichen Folgen für die Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder für betrügerische Manipulationen, die von Mitgliedern der Gesellschaftsorgane begangen worden sind, regelt art. 15 des Gesetzes vom 24.VII.1867.

Auch in Belgien ist der Regelfall nicht die Nichtigkeit einer Maßnahme, sondern deren Vernichtbarkeit auf Grund eines gerichtlichen Verfahrens.

Die Feststellung, daß eine der von den an einer Fusion beteiligten S.A. getroffene Entscheidung vernichtbar ist, kann mit der Anfechtungsklage begehrt werden, die sich aus der "action paulienne" entwickelt hat ³²⁵⁾.

Diese Klage steht jedem zu, dessen Rechte durch Maßnahmen beeinträchtigt worden sind, denen betrügerische Manipulationen der S.A. selbst oder der HV ihrer Aktionäre zugrunde liegen.

Das gleiche gilt, wenn Maßnahmen oder Entscheidungen dem Wohl oder den Interessen der S.A. und damit zugleich

324) MOREAU, op. cit., n^o 832, p. 1077.

325) Sie ist aus der römisch-rechtlichen actio pauliana hervorgegangen, mit welcher sich ein gläubiger gegen Nachteile zur Wehr setzen konnte, die ihm durch betrügerische Machenschaften seines Schuldners entstanden waren. Das deutsche Recht kennt in den §§ 30 ff. KO eine ähnliche Klagemöglichkeit.

auch den Interessen der Aktionäre zuwiderlaufen³²⁶⁾.

Das sind alle die Fälle, welche unter dem Begriff des "détournement de pouvoir" zusammengefaßt sind.

Die Folge der formellen, gerichtlichen Feststellung der "nullité"³²⁷⁾ besteht regelmäßig darin, daß die HV der Aktionäre erneut einberufen werden muß, um unter Beachtung der zuvor verletzten Vorschriften den betreffenden Punkt der Tagesordnung neu zu beschließen.

Leichtere Verstöße gegen Formvorschriften führen oft nur dazu, daß die mit dem Mangel behaftete Entscheidung Dritten gegenüber solange unwirksam ist, bis der Formfehler geheilt ist.

Zur Beseitigung der formellen Mängel kann die S.A. durch die Auferlegung von Geldbußen angehalten werden.

Nach luxemburgischen Aktienrecht ist ein satzungsändernder Beschluß der HV der Aktionäre anfechtbar und muß durch das zuständige Gericht für unwirksam erklärt werden³²⁸⁾, wenn die Tagesordnung diejenigen Gegenstände, welche der HV der Aktionäre zur Beschlußfassung vorgelegt werden sollen, bei der Veröffentlichung der Einberufung der HV nur ungenau oder gar nicht bezeichnet.

Die gleiche Wirkung des erwähnten art. 71 tritt ein, wenn gleichzeitig mit der Einberufung der HV nicht bekanntgemacht wird, daß stimmberechtigte Aktionäre, die in der HV nicht anwesend oder ordnungsgemäß vertreten sind, so behandelt werden, als ob sie den Vorschlägen der Verwaltung der S.A. zustimmten.

326) Dies ist heute einhellige Ansicht.
Vgl. FREDERICQ, op. cit., tome V, n° 492.
Cour de BRUXELLES, vom 8.II.1927, in Rev.prat.soc. 1927, p. 98;
Cour de BRUXELLES, vom 23.V.1949, in Rev.prat.soc. 1952, p. 190.

327) VAN RYN, op. cit., tome I, n° 718, p. 446:
"La nullité devra être prononcée sans qu'il y ait lieu de vérifier préalablement les conséquences que l'irrégularité a pu entraîner".

328) Tribunal d'arrondissement de LUXEMBOURG, vom 14.VII.1956, in Pas.Lux. 1954 - 1956, Jurisprudence Luxembourgeoise 1956, p. 567/568.

In Holland ist die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der HV der Aktionäre in art. 46 a WvK geregelt.

Gemäß art. 46 a I WvK kann die "Nietigheid" solcher Beschlüsse durch jeden Aktionär oder interessierten Dritten, also gegebenenfalls auch durch Gesellschaftsgläubiger, geltend gemacht werden 329).

Die Anfechtung eines Beschlusses der HV der Aktionäre ist nur innerhalb von 6 Monaten nach der Beschlußfassung mit der Begründung zulässig, daß der angegriffene Beschluß nicht ordnungsgemäß oder nicht unter der nach Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Mitwirkung der Aktionäre zustandegekommen sei.

Für den Fall der Anfechtung wegen Arglist gilt diese Anfechtungsfrist laut art. 46 a II WvK nicht.

Neben den vom Gesetz erwähnten Verstößen gegen Gesetz und Satzung sind auch dann Anfechtungsgründe gegeben, wenn durch Beschlüsse der HV der Aktionäre der ordre public, die guten Sitten oder der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt werden 330).

Als Verstoß gegen Treu und Glauben werden auch die Fälle von Rechts- und Machtmißbrauch angesehen, die ihrem Wesen nach vor allem bei Beschlüssen der HV der Aktionäre über die Auflösung und Liquidation einer N.V. zum Zwecke der Verschmelzung auftreten können. Bei der Fusion durch Neugründung führen darüber hinaus eventuell vorhandene Gründungsmängel, soweit sie nicht rechtzeitig geheilt werden, zur Anfechtbarkeit.

Wenn die Unwirksamkeit eines Beschlusses der HV der Aktionäre einer N.V. durch die zuständige "arrondissements-rechtsbank" (Landgericht) auf Grund einer zulässigen Anfechtungsklage festgestellt ist, so trifft diese Wirkung jedermann.

329) Nach FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 888, p.1302 und der dort zitierten Rechtsprechung führen auch unbedeutende formale Mängel durchweg zur "Nichtigkeit" der betreffenden Maßnahme.

330) Vgl. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., n° 137, p. 241.

Aus art. 46 a III WvK folgt, daß die erneute Anfechtung eines Beschlusses der HV nicht mehr zulässig ist, wenn eine mit der gleichen Rüge bereits einmal ordnungsgemäß geltend gemachte Anfechtungsklage rechtskräftig zurückgewiesen worden ist.

Zwar haben einzelne Autoren die Ansicht vertreten, die Rechtskraft könne nur zwischen den Parteien des Rechtstreites Wirkungen erzeugen ³³¹⁾.

Aus dem Gesetz selbst läßt sich hierfür aber keine Begründung entnehmen. Wenn man jedoch diese Auffassung teilt, so ist spätestens nach Ablauf der sechs Monate betragenden Frist einer Anfechtungsklage endgültig der Boden entzogen.

Mit Ausnahme der besonders gravierenden Nichtigkeitsgründe haben auch nach italienischem Recht alle übrigen Mängel formaler oder sachlicher Art, mit denen Maßnahmen einer der an der Fusion beteiligten S.p.A. behaftet sind, die Anfechtbarkeit (impugnazione) solcher Entscheidungen (deliberazione annullabili) ³³²⁾ zur Folge.

Hierzu zählen Formfehler wie die unvollständig veröffentlichte Tagesordnung der HV der Aktionäre oder die mangelnde notarielle Form des Protokolls.

Die Sachmängel, welche die Anfechtung nach sich ziehen, beruhen meistens auf arglistigem Verhalten oder Machtmißbrauch ³³³⁾.

331) So VAN OMMESLAGHE, op. cit., n° 137 am Ende.
Anderer Ansicht FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 888, p. 1303.
Näheres siehe bei VAN DER HEIJDEN, op. cit., n°^{os} 226 und 227, p. 252 bis 255.

332) FRE, aaO., Anmerkung zu art. 2377 bis 2379 Codice Civile, p. 322.

333) Der "eccesso di potere" entspricht dem "détournement de pouvoir" des französischen Rechts.
Vgl. Corte di Cassazione vom 12.V.1951, in Foro it., 1951 I 694, der festgestellt hat, daß in allen diesen Fällen nicht nur die "legittimità", sondern auch der sachliche Gehalt der getroffenen Entscheidung nachzuprüfen ist.

Die "azione di impugnativa" ist gemäß art. 3278 I Codice Civile bei dem Landgericht zu erheben, das für den Sitz der S.p.A. zuständig ist.

Beschlüsse der HV der Aktionäre müssen binnen dreier Monate nach ihrer Eintragung in das Unternehmensregister angefochten werden³³⁴⁾.

Die Rechte Dritter, welche im guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses erworben worden sind, schützt art. 2377 II Codice Civile ausdrücklich. Diese Rechte werden daher auch durch die Nichtigkeitserklärung des angefochtenen Beschlusses in ihrem Bestand nicht berührt.

Um zu verhindern, daß Anfechtungsklagen leichtfertig erhoben werden, ist das angerufene Gericht befugt, dem Anfechtenden die Leistung einer geeigneten Sicherheit aufzuerlegen.

Unter den Voraussetzungen des art. 2378 IV Codice Civile kann das Gericht andererseits die Durchführung der angegriffenen Entscheidung aussetzen, noch bevor über die Anfechtung endgültig entschieden ist.

Dieser Gerichtsbeschuß muß in das Unternehmensregister eingetragen werden.

Nach dem deutschen Aktienrecht gewinnt als spezielle und ergänzende Vorschrift zu den allgemeinen Grundsätzen der §§ 195 ff. AktG bei der Verschmelzung der § 246 AktG besondere Bedeutung. Nach dem Wirksamwerden der Fusion ist eine Anfechtung des von der HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft gefaßten Verschmelzungsbeschlusses nur zulässig, wenn sie ausschließlich gegen die aufnehmende AG, vertreten durch ihren Vorstand³³⁵⁾, als Rechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft gerichtet wird. Diese Regelung versteht sich durchaus

334) Siehe auch Tribunale di Roma, vom 4.VI.1952, in Foro it. 1953 I 309.

335) Insoweit gilt § 199 II, Satz 2 AktG nicht. So v.GODIN-WILHELM, aaO., § 246, Anm. 1 und ausführlich SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm.2 zu § 246.

nicht von selbst, denn ohne die eindeutige Fassung des § 246 AktG wäre es zumindest denkbar, daß unter Heranziehung des in § 243 II AktG normierten Gedankens auch die übertragende Gesellschaft, obwohl sie bereits erloschen ist, Gegnerin der Anfechtungsklage sein könnte³³⁶⁾.

Die aufnehmende AG hat indessen das größte Interesse an der Aufrechterhaltung des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft und ist schon aus diesem Grund die geeignete Anfechtungsgegnerin³³⁷⁾.

Bei der Anfechtung des Verschmelzungsvertrages, für welche die zivilrechtlichen Vorschriften maßgebend sind³³⁸⁾, da das Aktiengesetz insoweit schweigt, ist dies allerdings anders.

Hier greift § 243 II AktG ein, der gemäß § 247 I AktG auch für die Verschmelzung durch Neubildung gilt. Die Vorschrift des § 243 II AktG besagt, daß "weitere Ansprüche" gegenüber dem besonderen Vertreter der übertragenden Gesellschaft, die insoweit als fortbestehend angesehen wird, geltend zu machen sind³³⁹⁾. In den §§ 240 V und 247 I AktG ist für den Verschmelzungsvertrag insofern eine Sonderregelung getroffen worden, als der Mangel der notariellen Beurkundung mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister geheilt wird und daher keinen Grund mehr für eine Anfechtung bildet.

Soweit Beschlüsse der HV der Aktionäre äußerlich formgültig zustande gekommen, jedoch mit einem der in § 197 AktG angeführten Mängel behaftet sind, können sie mit der Anfechtungsklage angegriffen werden. Die Anfechtungsklage muß laut § 199 I AktG binnen eines Monats erhoben werden.

336) Vgl. hierzu im einzelnen SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 und 2 zu § 246.

337) BÖTTCHER-MEILICKE, § 246, Anm. 1; ebenso SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 zu § 246 a.E.

338) BAUMBACH HUECK, Anm. 3 zu § 246; eingehend SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 246.

339) Siehe auch BÖTTCHER-MEILICKE, § 246, Anm. 2.

II. HAUPTTEIL.

DER SCHUTZ VON AKTIONÄREN UND DRITTEN BEI DER FUSION.

Vorbemerkung.

Die Verschmelzung von Aktiengesellschaften zeitigt Folgen rechtlicher und wirtschaftlicher Art, welche sich nicht allein auf die beteiligten Gesellschaften selbst, sondern auch auf die Stellung von Aktionären und Gesellschaftsfläubern auswirken.

Es soll daher im folgenden untersucht werden, inwieweit die gesetzlichen Vorschriften und rechtlichen Möglichkeiten in den einzelnen Staaten des Gemeinsamen Marktes geeignet sind, diese Personengruppen vor Benachteiligungen zu schützen, die bei der Fusion auftreten können.

Für die Aktionäre der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften können besonders dann erhebliche Nachteile entstehen, wenn die vorgenommenen Vermögensbewertungen nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen.

Bei einer Unterbewertung des Vermögens auch nur einer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften wird in aller Regel das Umtauschverhältnis der Aktien nicht den wirklichen Wert widerspiegeln.

Die Aktionäre dieser Gesellschaft, welche infolge der Fusion Anteilseigner der neuen oder aufnehmenden AG werden, sind somit nach der Verschmelzung schlechter gestellt als vorher.

Aber auch eine Überbewertung des Vermögens einer der fusionierenden Gesellschaften birgt für deren Aktionäre und Gläubiger Gefahren. Eine ungerechtfertigte Aufblähung des Kapitals der neuen oder aufnehmenden Gesellschaft hat zur Folge, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft für ihre Beteiligungen einen geringeren Gegenwert erhalten und die Sicherheiten der Gesellschaftsgläubiger im Gegenwert zu dem in den Bilanzen aus-

gewiesenen Stand vermindert werden.

Die gleiche Wirkung kann eintreten, wenn eine der fusionierenden Gesellschaften nach außen hin zwar den Schein zu erwecken versteht, wirtschaftlich und finanziell gesund zu sein, tatsächlich aber völlig überschuldet ist.

In einem solchen Fall sind vor allem die Aktionäre und Gläubiger der übrigen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften in ihren Rechten und Interessen schwer gefährdet.

Da die Verschmelzung von Aktiengesellschaften in Frankreich und den BENELUX-Staaten gesetzlich nicht geregelt ist, existieren auch keine besonderen Vorschriften, von geringen Ausnahmen abgesehen, die den Schutz von Aktionären und Gläubigern bei der Fusion zum Gegenstand haben.

Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger sind daher auf diejenigen rechtlichen Möglichkeiten verwiesen, die ihnen auch sonst gegen die Maßnahmen einer AG zustehen. Abgesehen von den Befugnissen, die sich aus den Mitgliedschaftsrechten der Aktionäre ergeben, bleibt daher im wesentlichen nur die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage ³⁴⁰⁾.

Für die Minderheitsaktionäre kennt auch das italienische Recht keinen besonderen Schutz ³⁴¹⁾.

Nur das "diritto di recesso" bildet in gewissem Sinne eine Ausnahme.

Das deutsche Aktienrecht dagegen weist spezielle Schutzvorschriften bei der Verschmelzung auf. Hierzu zählen insbesondere §§ 234 I, 239 III, 240 II, 241 bis 246 AktG.

340) Für das belgische Aktienrecht vgl. e.g. RENAULD, "Les fusions...", in "Colloques...", p. 58.

341) Vgl. GUERRA, aaO., p. 97.

§ 11. DIE RECHTSTELLUNG DER AKTIONÄRE.

I. Das Informationsrecht und das Stimmrecht der Aktionäre.

Im Zusammenhang mit der Bekanntmachung der Tagesordnung der Aktionärshauptversammlungen ist bereits auf die Informationspflicht der an der Fusion beteiligten Gesellschaften gegenüber ihren Aktionären hingewiesen worden.

Dieser Informationspflicht der Gesellschaften entspricht ein Recht der Aktionäre auf Information, wie besonders in Frankreich immer wieder gefordert worden ist ³⁴²⁾.

Der französische Gesetzgeber hat durch den Erlaß des Décret-Loi vom 30.X.1935, welches den art. 35 des Gesetzes vom 24.VII.1867 neu gefaßt hat sowie durch das Décret-Loi vom 31.VIII.1937 versucht, dieser Forderung Nachdruck zu verleihen. Besonders das zuletzt erwähnte Gesetz soll die Aktionäre schützen, deren Willensbildung sich nur auf einer genauen Kenntnis der Geschäftslage ihrer Gesellschaft und einer fundierten Beurteilung der durch die Fusion eröffneten Möglichkeiten in befriedigender Weise vollziehen kann ³⁴³⁾.

Auch nach belgischem Recht werden die Aktionäre üblicherweise erst durch die Tagesordnung von der geplanten Fusion in Kenntnis gesetzt. Bis zum Zusammentreten der HV soll ihnen hinreichend Zeit bleiben, um sich über die möglichen Konsequenzen der Verschmelzung ein Bild zu machen.

342) RIPERT, op. cit., tome I, no 1085, p. 521 stellt fest, daß die Verwaltungen von S.A. im allgemeinen mit genauen Angaben sehr zurückhaltend sind. Die Rechtsprechung stellt daher in diesem Punkt besonders strenge Anforderungen. Vgl. Cour de PARIS vom 8.I.1955, in Journal des Sociétés 1955, p.205. Cour de Cassation vom 7.VI.1963 in DALLOZ, Sommaires 1963, p. 103.

343) Cour de Cassation vom 9.II.1954, in DALLOZ, Sommaires 1954, p. 241 trifft hierfür genaue Abgrenzungen.

Ein wesentlicher Punkt auf der Tagesordnung der außerordentlichen HV der Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft ist deren Auflösung. Nur wenn sich aus dem Verlauf der außerordentlichen HV bereits vor der Abstimmung der Eindruck gewinnen läßt, daß bei einem Quorum von wenigstens 50 % der ausgegebenen, stimmberechtigten Aktien eine größere als die in art. 70 L.C. geforderte Dreiviertelmehrheit für die Auflösung der Gesellschaft stimmen wird, kann eine eingehende Erörterung der Einzelheiten der Verschmelzung durch die Aktionäre vermieden werden.

Die Regelung des luxemburgischen und des holländischen Rechts weicht hiervon nur unwesentlich ab, In art. 43 g WvK hat der holländische Gesetzgeber Sorge getragen, daß die Aktionäre vor dem Zusammentreten der HV über die anstehenden Punkte der Tagesordnung unterrichtet werden. Eine von der Verwaltung einer N.V. vorgesehene Satzungsänderung muß nach art. 45 b I WvK zugleich mit der Einberufung der HV der Aktionäre bekanntgemacht werden.

Ein in dieser Form nicht angekündigter Tagesordnungspunkt kann nur durch einstimmigen Beschluß der HV der Aktionäre angenommen werden, art. 43 g WvK.

Das deutsche Aktiengesetz geht ebenfalls von dem Grundgedanken aus, daß den Aktionären Gelegenheit gegeben werden muß, sich eine klare Vorstellung über die mit der Verschmelzung verbundenen Vor- und Nachteile zu machen³⁴⁴⁾, wenn sie eine ausgewogene Entscheidung treffen sollen. Diesem Zweck dienen die Vorschriften der §§ 239 III und 242 AktG über die Aufstellung der Schlußbilanz und das in § 112 AktG allgemein geregelte Auskunftsrecht der Aktionäre gegenüber der Verwaltung.

Jeder Stammaktionär einer Aktiengesellschaft hat in der HV der Aktionäre wenigstens eine Stimme. Dieser Grund-

344) Vgl. die ausführliche Darstellung hierzu bei BÖTTCHER-MITLICHE, § 240, Anm. 11 bis 19.

satz gilt nach den Rechten aller Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes³⁴⁵⁾.

Das bedeutet, daß die Stammaktie mit dem niedrigsten Nennwert eine Stimme in der HV der Aktionäre gewährt.

Durch die Gesetze vom 26.IV. 1930 und vom 13.XI.1933 sind in Frankreich Mehrstimmrechtsaktien grundsätzlich für unzulässig erklärt worden. In der Form von Namensaktien können sie ausnahmsweise zugelassen werden³⁴⁶⁾. Aber auch das Stimmrecht der normalen Stammaktien kann eingeschränkt oder in besonderen Fällen ausgeschlossen sein.

Soweit eine der übertragenden Gesellschaften, ungeachtet dessen, daß sie aufgelöst ist und sich in Liquidation befindet, aus bestimmten Gründen noch Aktionärin der aufnehmenden S.A. ist, kann sie mit den von ihr gehaltenen Aktien bei der Beschlußfassung über die Bewertung der von ihr erbrachten Einlage nicht mit abstimmen³⁴⁷⁾.

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft hingegen, welche vor der Fusion bereits Anteilseigner der aufnehmenden S.A. waren, unterliegen mit ihren Aktien bei der Beschlußfassung keiner Beschränkung, denn nicht sie erbringen die Sacheinlage, über welche die HV zu beschließen hat, sondern die übertragende Gesellschaft, deren Aktionäre sie ebenfalls sind.

Für Aktionäre der aufnehmenden S.A., welche gleichzeitig Mitglieder des "conseil d'administration" der übertragenden Gesellschaft sind, ist die Frage nach der Mitwirkung bei der Beschlußfassung in der HV der aufnehmenden S.A. lange streitig gewesen. Der Konflikt zwischen der

345) Vgl. für Luxemburg die zwingende Vorschrift des art. 67 des Gesetzes vom 10.VIII.1915; Holland, art. 44 b I WvK; für das deutsche Recht folgt dies aus § 12 I AktG.

346) Näheres bei RIPERT, op. cit., tome I, n° 1066, p. 513; siehe auch HAMEL et LAGARDE, op.cit., n° 547, p. 671-672.

347) art. 4 alinéa 5 des Gesetzes vom 24.VII.1867: "Les associés qui ont fait l'apport...n'ont pas voix délibérative".

Funktion bei der Übertragenden Gesellschaft und der Stellung als Aktionär der aufnehmenden S.A. wurde von der Rechtsprechung zunächst so gelöst, daß ein Stimmrecht dieser Aktionäre insoweit anerkannt wurde, als die Übertragende Gesellschaft auch ohne diese "administrateurs" nach ihrer Satzung ausreichend vertreten werden konnte³⁴⁸⁾.

Nach neuerer Ansicht³⁴⁹⁾ soll diese Lösung unzulässig sein, weil die Mitglieder des "conseil d'administration" immer "ihre Gesellschaft verkörpern". Die letzte Entscheidung über die Fusion soll gerade nicht in den Händen derer liegen, welche sie vorbereitet haben. Der Grundsatz, "la personnalité de chacun des actionnaires reste distincte de la personnalité juridique de la société"³⁵⁰⁾ kann für "administrateurs", welche ihrer Funktion nach die S.A. vertreten, keine Geltung haben. An erster Stelle wird in diesen Fällen immer das Interesse der von diesen Personen vertretenen S.A. stehen. Daher wird man den Mitgliedern des "conseil d'administration" der Übertragenden Gesellschaft, die zugleich Aktionäre der aufnehmenden S.A. sind, bei der Beschlußfassung über die Bewertung der Sacheinlage kein Stimmrecht zubilligen können.

Die Mitwirkung der "administrateurs", die zugleich immer Anteilseigner der von ihnen vertretenen S.A. sind, in Hauptversammlungen dieser Gesellschaft bleibt davon unberührt.

Nach dem belgischen Aktienrecht kann ein einzelner Mehrheitsaktionär die für die Auflösung einer S.A. erforderliche Stimmenzahl niemals in seiner Hand vereinen. Das

348) Cour de Cassation vom 5.XI.1895, in DALLOZ 1897, I, 113 (116).

349) MOREAU, op. cit., n° 796, p. 1029 mit Hinweisen.

350) Cour de PARIS, vom 19.IV.1930, in Gaz.Pal. 1930, I, 928.

untersagt ausdrücklich art. 76 L.C., der bestimmt, daß ein einzelner Aktionär, unabhängig von seinem Aktienbesitz, nur mit höchstens einem Fünftel der ausgegebenen, stimmberechtigten Aktien oder mit höchstens zwei Fünfteln des in der HV vertretenen Kapitals abstimmen darf. Diese Vorschrift steht am Ende einer Entwicklung, welche mit dem Erlaß des "Arrêté Royal" vom 31.X.1934 ihren Anfang nahm. Die letztgenannte Verordnung verbot die Mehrstimmrechtsaktien, welche nach dem ersten Weltkrieg aus Sorge, die belgischen S.A. könnten durch ausländisches Kapital überfremdet werden, zugelassen worden waren.

Im Laufe der Zeit stellte sich jedoch eine immer stärker werdende Majorisierung der Minderheiten durch einige wenige Großaktionäre heraus, welche häufig zu einem "abus de droit de la majorité" führte.

Durch die Abschaffung der Mehrstimmrechtsaktien wurde der Schutz der Minderheitsaktionäre erheblich verstärkt.

Dennoch ist auch damit die Gefahr eines "abus de droit de la majorité" keineswegs beseitigt.

Dagegen sind in Luxemburg Mehrstimmrechtsaktien grundsätzlich zugelassen, kommen aber in der Praxis nur noch selten vor.

Der art. 71 alinéa 2 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 bestimmt, daß ein Aktionär in der HV höchstens mit einem Fünftel aller stimmberechtigten Aktien oder mit zwei Fünfteln der auf der HV vertretenen Stimmen votieren darf.

Bei der Verschmelzung spielt diese gesetzliche Beschränkung des Stimmrechts für Großaktionäre jedoch keine Rolle, denn nach art. 67 alinéa 3 des Gesetzes vom 10.VIII. 1915 gilt diese Bestimmung bei Satzungsänderungen ausdrücklich nicht. Daher sind, unabhängig von ihrem Aktienbesitz, alle Stammaktionäre mit jedem ihrer Anteile

stimmberechtigt, denn die HV-Beschlüsse über die Auflösung und die Kapitalerhöhung setzen die Änderung der Statuten der Gesellschaften voraus.

Nach art. 71 alinéa 4 des Gesetzes vom 10.VIII.1915, in der Fassung des Gesetzes vom 10.VI.1930, kann die Satzung einer S.A. die "présomption d'adhésion des actionnaires non présents ni représentés" vorsehen ³⁵¹⁾.

Das bedeutet, daß bei Beschlüssen der HV, für die eine einfache Mehrheit vorgeschrieben ist, bis zu einem Fünftel der umlaufenden, stimmberechtigten Aktien so angesehen werden können, als ob ihre Inhaber, die in der HV tatsächlich nicht anwesend und auch nicht vertreten sind, für die Vorschläge der Verwaltung gestimmt hätten. Bei Beschlüssen der HV, welche nur mit einer Zweidrittelmehrheit wirksam zustande kommen können, kann sich diese Quote auf ein Drittel der umlaufenden Aktien, soweit sie Stimmrechte gewähren, erhöhen.

Dies nach art. 71 alinéa 4 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 mögliche Verfahren kann allerdings in den Fällen nicht angewandt werden, in denen Gegenstand des Beschlusses der HV der Aktionäre eine Änderung der Form oder des Zwecks der S.A. ist.

Nach holländischem Aktienrecht kann die Satzung einer N.V. die Ausübung des Stimmrechts in der HV für Einzelfälle besonders regeln ³⁵²⁾.

In den Statuten der Gesellschaft kann e.g. vorgesehen sein, daß die Stimmenanzahl eines Aktionärs, ungeachtet der von ihm gehaltenen Beteiligung, im Sinne des art. 44 b V WvK beschränkt wird.

Andererseits ist die Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien zulässig.

Üblicherweise werden solche Prioritätsaktien meistens an die Gründer der N.V. ausgegeben.

351) Siehe hierzu FREDERICQ, op.cit., tome VI, n° 988, p. 1457.

352) Näheres bei FREDERICQ, op.cit., tome VI, n° 885, p. 1299.

Die Stellung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats in der HV der Aktionäre definiert art. 44 a Abs. III und IV WvK.

In ihrer Eigenschaft als Organe der Gesellschaft haben die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat in der HV der Aktionäre nur beratende Stimme und dürfen auch nicht als Bevollmächtigte von Aktionären auftreten. Soweit sie allerdings selbst Anteile der N.V. besitzen, bleibt insofern ihre Stellung als Aktionär der Gesellschaft unberührt.

In Italien ist die Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien durch art. 2351 III Codice Civile untersagt.

Der italienische Gesetzgeber hat den Aktionären der S.p.A., welche an der Verschmelzung beteiligt sind, in jedem Fall ein direktes Mitspracherecht gewährt. Nach art. 2502 I Codice Civile ist für die Übertragende Gesellschaft ebenso wie für die aufnehmende S.p.A. eine "deliberazione di fusione" durch die HV der Aktionäre vorgeschrieben.

Bei der Übertragenden Gesellschaft entscheidet immer die außerordentliche HV der Aktionäre, da die Verschmelzung eine Auflösung der Gesellschaft und damit eine Satzungsänderung zwangsläufig mitumfaßt, auch wenn ein förmlicher Beschluß über die Auflösung der Übertragenden S.p.A. nicht gefordert wird ³⁵³⁾.

Im Regelfall ist bei der aufnehmenden S.p.A. für die Verwirklichung der Verschmelzung eine Erhöhung des Grundkapitals notwendig, so daß auch hier die außerordentliche HV der Aktionäre, wenn auch in mittelbarer Form, über die Fusion zu entscheiden hat.

Nur wenn die aufnehmende S.p.A. in genügendem Maße eigene Aktien besitzt, um die Aktionäre der Übertragenden

353) FIORENTINO, aaO., p. 640: "...la dissoluzione anticipata della società ha natura di modificazione dell'atto costitutivo".

Gesellschaft beteiligen zu können, ohne daß es zusätzlich noch einer Kapitalerhöhung bedürfte, kann auch die ordentliche HV der Aktionäre über die Verschmelzung beschließen.

Das deutsche Aktiengesetz von 1937 hat die Rechte der Aktionäre bei der Verschmelzung eingehend geregelt.

In § 234 AktG ist der Grundsatz aufgestellt, daß die HV der Aktionäre jeder der an der Fusion beteiligten Gesellschaften der Verschmelzung zustimmen müsse. Für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft versteht sich dieser Grundsatz von selbst, da diese infolge der Verschmelzung ihre Rechtspersönlichkeit verliert und erlischt.

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft müssen selbst darüber entscheiden, ob sie auf Grund der Verschmelzung Anteilseigner der neuen oder aufnehmenden AG werden wollen.

Da die Verschmelzung von AGen nach deutschem Recht die formale Auflösung der übertragenden Gesellschaft nicht voraussetzt, ist auch kein Beschluß der HV der Aktionäre, welcher die Satzung ändert, erforderlich ³⁵⁴⁾.

Gemäß § 114 II AktG entsteht das Stimmrecht erst, wenn die Einlage auf die Aktie in voller Höhe erbracht ist.

Das Aktiengesetz hat jedoch die Möglichkeit einer abweichenden Regelung durch die Gesellschaftsatzung ausdrücklich zugelassen.

Bei den Aktien, welche die neue oder aufnehmende AG auf Grund der Verschmelzung ausgibt, besteht das Stimmrecht von der Eintragung der Fusion an, wenn die einzutauschen-

354) Vgl. BÖTTCHER-MEILICKE, § 234, Anm. 38.

Der Verschmelzungsbeschluß setzt jedoch dann eine Satzungsänderung voraus, wenn die übertragende Gesellschaft nur für eine bestimmte Zeit gegründet war und der Zeitpunkt der Verschmelzung eintritt, bevor die Gesellschaft nach den Bestimmungen der Satzung beendet sein soll.

Vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 13 zu § 234.

den Anteile der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft voll einbezahlt waren.

Mehrstimmrechte sind nach § 12 II AktG in Deutschland grundsätzlich verboten.

Mit staatlicher Genehmigung ist zwar die Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien möglich. Im Hinblick auf die Verschmelzungsbeschlüsse der HV der Aktionäre können die Mehrstimmrechtsaktien indessen keine besondere Bedeutung gewinnen.

Diese Tatsache beweist § 234 II AktG, der zwingend eine Kapitalmehrheit vorschreibt und keine Satzungsbestimmung gestattet, welche lediglich eine Stimmenmehrheit für die Verschmelzungsbeschlüsse der HV der Aktionäre der beteiligten Gesellschaften vorsieht ³⁵⁵⁾.

Für die verschiedenen Arten von Vorzugsaktien gelten vielfach besondere Regeln.

Soweit den Vorzugsaktionären nach französischem Recht auf Grund der Natur der Vorzugsaktien in der HV das Stimmrecht nicht entzogen ist oder die Gesellschaftssatzung keine besonderen Bestimmungen enthält, haben die Vorzugsaktionäre gesondert abzustimmen. Gegebenenfalls geschieht dies in einer speziell einberufenen außerordentlichen HV der Vorzugsaktionäre.

Die Rechte der Vorzugsaktionäre können auch durch einstimmigen Beschluß der Inhaber von Stammaktien nicht eingeschränkt werden ³⁵⁶⁾.

355) Vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 16 zu § 234 und WÜRDINGER, aaO., § 13 I 3 a, S. 73.

356) Als Stammaktien gelten nur die "actions en numéraire" und die "actions en apport". RIPERT, op. cit., tome I, n° 1053, p. 508 definiert die "actions de jouissance" als "titres délivrés à un actionnaire qui est remboursé du montant nominal de ses actions". Diese Aktiengattung verbrieft keinen tatsächlichen Anteil am Gesellschaftskapital mehr und ist regelmäßig mit einer geringeren Dividende als die Stammaktien ausgestattet.

Bei der aufnehmenden S.A. müssen die Vorzugsaktionäre ihre gesonderte Zustimmung erteilen, wenn die Gesellschaft beabsichtigt, an Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft ebenfalls Vorzugsaktien auszugeben. Die Vorzugsaktionäre bilden eine besondere Gruppe von Anteilseignern, deren Kreis sich ohne ihr Einverständnis durch die Emission neuer Vorzugsaktien nicht vergrößern kann 357).

In Belgien stimmen die Vorzugsaktionäre ebenfalls von den Stammaktionären getrennt ab. Das bestimmt art. 71 L.C. in der Fassung durch das Gesetz vom 10.XI.1953.

Im Rahmen des art. 71 L.C. ist es allerdings möglich, daß die HV der Stammaktionäre die Rechte der Vorzugsaktionäre einschränkt, ohne daß diese die Beschlüsse der Stammaktionäre billigen müßten.

Bei der Fusion kann ein derartiger Fall insofern praktisch werden, als die aufnehmende S.A. ausschließlich Stammaktien ausgibt, die Vorzugsaktionäre der aufgelösten Gesellschaft daher auch nur Stammaktionäre der aufnehmenden S.A. werden können.

Die Befugnis, die Rechte der Vorzugsaktionäre auch gegen deren Willen einzuschränken, findet ihre Grenze dort, wo die Vorzugsaktionäre veranlaßt werden sollen, höhere Verpflichtungen als bisher einzugehen. Nach den in art. 70 L.C. niedergelegten Grundsätzen ist in derartigen Fällen die Zustimmung aller Vorzugsaktionäre erforderlich.

Ein Verstoß gegen art. 70 L.C. hat die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge.

Eine Sonderstellung nehmen die Inhaber der "droits acquis en vertu des statuts" ein.

357) MOREAU, op. cit., n^o 786, p. 1006.

Das sind Aktionäre, denen durch die Satzung besondere, persönliche Vorteile eingeräumt sind, wie zum Beispiel eine Vorzugsdividende oder andere Sondervorteile, die den übrigen Vorzugsaktionären nicht oder nur in geringerem Umfang gewährt werden.

Ohne die einstimmige Billigung dieser besonderen Kategorie von Aktionären können die ihnen zustehenden Sonderrechte weder von der HV der Stammaktionäre noch von einem anderen Organ der S.A. geändert werden ³⁵⁸⁾.

Nach luxemburgischen Recht müssen die Aktionäre verschiedener Kategorien, deren Rechte durch die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft infolge der Fusion in ihrem Bestand berührt werden, zu den gleichen Bedingungen wie die Stammaktionäre, jedoch nach art. 68 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 von diesen getrennt, abstimmen.

Eine ähnliche Regelung besteht in Holland für die Prioritätsaktien, die meist an die Gesellschaftsgründer ausgegeben werden. Allerdings hängt die Art der Ausübung des Stimmrechts im Einzelfall immer von den besonderen Bestimmungen der Statuten ab.

Das italienische Aktienrecht trifft in dieser Hinsicht eine eindeutige Regelung. Gemäß art. 2376 Codice Civile müssen für jede bei einer S.p.A. vorhandene Aktiengattung besondere HV einberufen werden ³⁵⁹⁾.

Das Aktiengesetz von 1937 sieht eine derartige Regelung dagegen nicht ausdrücklich vor. Die Notwendigkeit getrennter Abstimmung von Stamm- und Vorzugsaktionären, die § 149 II AktG bei der Kapitalerhöhung vorschreibt, ergibt sich bei den übertragenden Gesellschaften auch nicht aus § 146 II AktG, da der Beschluß über die Ver-

358) Vgl. die bereits zitierte Entscheidung der Cour de LIÈGE vom 8.VII.1952; ebenso Tribunal Commercial de BRUXELLES, vom 25.VIII.1955, in Rev.prat. soc. 1956, p. 112.

359) FRE, aaO., Anm. zu art. 2376 Codice Civile, p.317.

schmelzung zwar die Rechte aller Aktionäre der übertragenden AG berührt, aber vom Gesetz nicht als Satzungsänderung angesehen wird ³⁶⁰⁾.

II. Die Ausübung des Stimmrechts in der HV der Aktionäre.

1. Frankreich.

Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes vom 24.VII.1867 bedurfte eine Satzungsänderung der Einstimmigkeit, soweit die Aktionäre in der HV anwesend oder ordnungsgemäß vertreten waren.

Sehr bald stellte sich indessen heraus, daß ein solches Verfahren in der Praxis kaum durchführbar ist. Die Gesetze vom 22.XI.1913, vom 1.V.1930 und vom 25.II.1953 ³⁶¹⁾ haben daher immer wieder den art. 31 Loi vom 24.VII.1867 den wechselnden tatsächlichen Erfordernissen anzupassen versucht.

In ihrer jetzigen Form bestimmt diese Vorschrift, daß Satzungsänderungen durch die außerordentliche HV der Aktionäre zulässig sind, selbst wenn die Statuten der Gesellschaft dies verbieten.

Das Quorum, das für eine Satzungsänderung erforderlich ist, beträgt die Hälfte des Aktienkapitals. Wird dies quorum nicht erreicht, so muß eine neue Hauptversammlung einberufen werden, für die ein Quorum genügt, das ein Drittel des Aktienkapitals beträgt.

Ein satzungsändernder Beschluß kommt nur wirksam zustande, wenn wenigstens zwei Drittel der abgegebenen, gültigen Stimmen den Antrag befürworten.

360) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 15 zu § 234
im Ergebnis ebenso BAUMBACH-HUECK, Anm. 3 zu § 234.

361) Dies Gesetz ist als "Loi Ferri" bekannt geworden.

Wenn die Aktionäre sich in der HV nicht in genügender Anzahl einfinden oder ordnungsgemäß vertreten lassen, so ist es vorstellbar, daß, infolge des degressiven Quorum, ein Aktionär oder eine Gruppe von Aktionären, welche über nicht mehr als 17 % des Aktienkapitals verfügt, über die Auflösung der S.A. zum Zwecke der Fusion entscheidet. Wenn nämlich wegen mangelnder Beteiligung eine dritte HV einberufen werden muß, so genügt zur Beschlußfassung bereits ein Quorum von 25 % des Aktienkapitals. Eine Ausnahme von dem Grundsatz des degressiven Quorum gilt dann, wenn Gegenstand des Beschlusses eine Änderung des Gesellschaftszweckes ist. Bei einer notwendigen Stimmenmehrheit von zwei Dritteln muß das Quorum in jedem Fall wenigstens drei Viertel des Aktienkapitals betragen ³⁶²⁾.

An dem ursprünglichen Prinzip der Einstimmigkeit hat der französische Gesetzgeber in den Fällen festgehalten, in denen der sogenannte Nationalitätswechsel der S.A. oder die Erhöhung der Aktionärspflichten gemäß art. 31 alinéa 1 des Gesetzes vom 24.VII.1867 Gegenstand der Satzungsänderung sein soll ³⁶³⁾.

Mit der Zustimmung zu der Verschmelzung willigen die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft in den Verlust ihrer Rechte, um proportional zu ihrem Aktienbesitz nach Maßgabe des Umtauschverhältnisses Anteilseigner der neuen oder der aufnehmenden S.A. zu werden.

Bei der Fusion durch Neugründung ergibt sich dies Recht auf Kapitalbeteiligung für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften unmittelbar aus dem Fusionsvertrag.

362) Die Cour de Cassation, vom 2.VI.1947, in Revue Trimestrielle du Droit Commercial 1948, p. 654 hat entschieden, daß ein von der Satzung vorgesehenes Quorum von mehr als drei Vierteln des Aktienkapitals unzulässig sei, weil durch das Gesetz vom 26.VII.1867 "sauf dispositions contraires des statuts" entfallen sei.

363) Vgl. hierzu HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 697, p. 823.

Es könnte den Anschein haben, als ob dies bei der Verschmelzung durch Aufnahme nicht so selbstverständlich wäre.

Die aufnehmende S.A. erhöht zum Zwecke der Fusion regelmäßig ihr Stammkapital, um die neu geschaffenen Aktien an die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft emittieren zu können. Bei Kapitalerhöhungen einer S.A. steht jedoch das Recht auf den Bezug der "jungen" Aktien zunächst den bisherigen Gesellschaftern zu ³⁶⁴).

Das Décret-Loi vom 8.VIII.1935 gilt jedoch ausdrücklich nur für "actions de numéraire", so daß bei neu geschaffenen Aktien, welche für Sacheinlagen ausgegeben werden, ein Ausschluß des Bezugsrechts nicht erforderlich ist ³⁶⁵).

Bei der aufnehmenden S.A. bedarf es daher keines besonderen Beschlusses der HV der Aktionäre darüber, daß die zum Zwecke der Verschmelzung neu geschaffenen Aktien den Aktionären der Übertragenden Gesellschaft gewährt werden müssen.

Der Umtausch von Aktien der Übertragenden Gesellschaft in solche der aufnehmenden S.A. stellt auch für die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft keine unzulässige Erhöhung ihrer Pflichten dar, selbst wenn dabei sogenannte Aktienspitzen auftreten.

Diese Feststellung gilt auch für solche Aktionäre, welche der Fusion ihre Zustimmung versagt haben.

Wenn ein Aktionär es ablehnt, auf Grund der Verschmelzung Anteilseigner der aufnehmenden oder neuen S.A. zu werden, so steht es ihm frei, die in seinem Besitz befindlichen Aktien der aufgelösten Gesellschaft zu veräußern.

364) So ausdrücklich das Décret-Loi vom 8.VIII.1935; vor Erlaß dieses Gesetzes hatten unter bestimmten Voraussetzungen auch die Inhaber von parts de fondateur ein "droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation du capital". Vgl. HOUPIŃ et BOSVIEUX, op. cit. tome I supplémentaire, p. 127.

365) Siehe auch HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 736, p. 867.

Da die neue oder aufnehmende S.A. an einer schnellen Abwicklung der Emission der neuen Aktien interessiert ist, wird sie es regelmäßig sein, welche die frei werdenden Aktien der aufgelösten Gesellschaft zu einem angemessenen Preis erwirbt, um sie alsbald einziehen zu können 366).

Bei einem größeren Angebot solcher Aktien der aufgelösten Gesellschaft kann ein derartiges Verfahren möglicherweise eine Kapitalherabsetzung bei der neuen oder aufnehmenden S.A. erforderlich machen, doch erscheint eine derartige Konstellation sehr theoretisch.

Ist das Umtauschverhältnis in der Weise festgesetzt, daß drei Aktien der aufgelösten Gesellschaft gegen eine Aktie der neuen S.A. umgetauscht werden sollen, so kann ein Anteilseigner der aufgelösten Gesellschaft, welcher von dieser fünf Anteile besitzt, seinen "rompus" von zwei Stücken nicht umtauschen. Entweder muß er die beiden Aktien veräußern oder seinen Aktienbesitz durch den Erwerb eines weiteren Stückes in der Weise abrunden, daß er beim Umtausch nunmehr zwei Aktien der neuen S.A. erhält.

In einem derartigen Fall steht daher ein Aktionär der aufgelösten Gesellschaft vor der Alternative, eine Verringerung seiner Rechtstellung hinnehmen zu müssen oder sich finanziell stärker zu engagieren. Zwar kann eine Erhöhung der Aktionärspflichten nur durch einstimmigen Beschluß der HV der Aktionäre angeordnet werden, was in der Praxis, besonders, wenn es sich um größere S.A. handelt, sehr selten ist.

In dem oben geschilderten Beispiel wird der Aktionär aber nicht zu einem ganz bestimmten Verhalten genötigt,

366) Ist ein solches Verfahren nicht möglich, so muß eine Präklusionsfrist gesetzt werden, nach deren Ablauf die Aktien kaduziert werden können.

das eine Erhöhung seiner Pflichten als Aktionär mit sich bringt ³⁶⁷⁾.

Vielmehr hat er, da die HV der Aktionäre über die Folgen der Fusion eingehend informiert werden muß, die Möglichkeit, sich nach Gutdünken für den einen oder den anderen der erwähnten Wege zu entscheiden ³⁶⁸⁾.

Der Grundsatz, daß die Pflichten eines Aktionärs nur mit seiner Zustimmung erhöht werden können, wird deshalb nicht schon dadurch verletzt, daß er beim Vorhandensein von Aktienspitzen genötigt sein kann, noch weitere Aktien der aufgelösten Gesellschaft hinzuzuerwerben, damit seine Beteiligung an der neuen S.A. dem Umfang seiner Beteiligung an der aufgelösten Gesellschaft entspricht.

2. Belgien

Laut art. 70 L.C. beträgt das zur Beschlußfähigkeit der HV erforderliche Quorum die Hälfte der ausgegebenen Kapitalanteile, die jeweils mindestens eine Stimme repräsentieren. Die für die Satzungsänderung erforderliche Majorität muß wenigstens drei Viertel der Stimmen betragen. Diese Mehrheit ändert sich auch dann nicht, wenn auf der ersten HV das erforderliche Quorum nicht erreicht worden ist und eine zweite HV einberufen werden muß, welche eines besonderen Quorum nicht mehr bedarf.

Heute ist der Gegensatz zwischen den "objets sociaux" der an der Fusion beteiligten S.A. kein Hinderungsgrund für die Verschmelzung mehr. Das Gesetz vom 6.I.1955 hat

367) Wollte man hierin schon eine Erhöhung der Aktionärspflichten sehen, so ließe sich eine Fusion von S.A. in der Praxis nicht durchführen. Für diese Auffassung haben sich daher auch entschieden: Cour de Cassation, vom 30.V.1892, in DALLOZ, Jurisprudence, 1893, 1, 105; DALSACE, in Encyclopédie DALLOZ, aaO. n° 20, p. 392; JOLY, op. cit., tome II, Fusion, n° 16.

368) Vgl. hierzu auch Cour de Cassation, vom 7.VI.1963, in DALLOZ 1963, Sommaires, p. 103.

durch die Abänderung des art. 70 und durch Einfügen des art. 70bis L.C. die Änderung des Gesellschaftszwecks vereinfacht 369).

Allerdings verlangt art. 70bis hierfür ungleich schwere Voraussetzungen als für eine sonstige Satzungsänderung. Neben dem Quorum von 50 % der ausgegebenen Kapitalanteile muß auch die Hälfte der "titres non représentatif du capital" - das sind in erster Linie die "parts bénéficiaires" - in der HV vertreten sein.

Die erforderliche Majorität beträgt vier Fünftel der Stimmen. Die gleiche Mehrheit, aber ein auf jeweils ein Viertel reduziertes Quorum sind für die zweite HV erforderlich, wenn die erste nicht beschlußfähig war. Die strengen Voraussetzungen, die für die Änderung des Gesellschaftszwecks gelten, sind auf den Wechsel der Gesellschaftsform und der Nationalität der Gesellschaft allerdings nicht anwendbar 370).

Ungeachtet entgegenstehender Satzungsbestimmungen können gemäß art. 71 L.C. die Rechte der Aktionäre ebenso wie die "titres non représentatif du capital" von der außerordentlichen HV der Aktionäre geändert werden.

Wird die gesetzlich geforderte Stimmenmehrheit erreicht, so muß die Minderheit der Aktionäre sich dem Beschluß der HV beugen, denn ein "droit de retraite" oder "droit de sécession" kennt das belgische Aktienrecht nicht.

369) RENAULD, "Les fusions des sociétés en droit belge" in Rapports au Colloque International de Droit Européen 1961, p. 57.

370) Derselbe aaO.; "On notera que les travaux préparatoires de la Loi ont rappelé que les conditions d'identité de forme et de nationalité doivent être strictement respectées en cas de fusion rien n'étant modifié par ailleurs à l'interprétation antérieure de l'art. 182 Lois coordonnées".

3. Luxemburg

Satzungsänderungen, welche sich nicht auf eine Veränderung der Form oder des Zwecks der S.A. erstrecken, bedürfen bei einem Quorum, das die Hälfte der in Umlauf befindlichen Kapitalanteile betragen muß, einer Mehrheit von zwei Drittel der in der HV abgegebenen Stimmen.

Wenn die HV nach der ersten Einberufung nicht beschlußfähig ist, muß eine erneut einberufene HV der Aktionäre ebenfalls mit einer Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen die Verschmelzung billigen, ohne daß jedoch ein besonderes Quorum erforderlich wäre. In den Fällen, in denen die Verschmelzung zugleich eine Änderung des Gesellschaftszwecks zur Folge hat, sind die Abstimmungsvoraussetzungen in der HV der Aktionäre durch das Gesetz vom 15.I.1927 erheblich strenger gefaßt. Auch die Anforderungen, die an Form und Inhalt der Tagesordnung gestellt werden, sind verschärft, weil diese Satzungsänderung eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Bedeutung hat. Das Quorum der ersten Hauptversammlung beträgt zwar ebenfalls 50 % der umlaufenden Kapitalanteile. Wenn aber die Einberufung einer zweiten HV nötig wird, so muß ein Quorum von wenigstens einem Drittel erreicht werden. In keinem Fall darf aber die für die Zustimmung zu einer derartigen Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit weniger als drei Viertel der Stimmen der anwesenden oder ordnungsgemäß vertretenen Aktionäre betragen.

4. Holland.

Im allgemeinen wird die HV der Aktionäre vom Vorstand (bestuur) oder vom Aufsichtsrat (commissarissen) der Gesellschaft gemäß art. 43 b WvK einberufen.

Zur Einberufung der HV genügt es aber auch, wenn 10 % des übernommenen Stammkapitals (geplaatste kapitaal) es beantragt. Auf einen derartigen Antrag hin hat die

Verwaltung der Gesellschaft gemäß art. 43 c WvK die HV der Aktionäre einzuberufen ³⁷¹⁾).

Der Einfluß der justiziellen Kontrolle zeigt sich daran, daß der Präsident des für den Sitz der N.V. zuständigen Landgerichts (arrondissements - rechtsbank) auch gegen den Willen der Verwaltung einer N.V. deren Aktionäre zu einer HV einberufen kann, sofern nach art. 43 c und 43 d WvK der Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses erbracht wird.

Eigenartigerweise unterscheidet das WvK formell zwischen ordentlicher und außerordentlicher HV nicht, sondern bestimmt in art. 43 a WvK lediglich, daß die HV der Aktionäre mindestens einmal im Jahr zusammentreten muß.

Das Gesetz kennt in art. 44 d WvK für alle Abstimmungen in der HV nur die absolute Mehrheit der abgegebenen, gültigen Stimmen.

Die Festsetzung eines Quorum und spezieller Majoritätsverhältnisse ist der Gesellschaftsatzung vorbehalten. Für die Auflösung der N.V. gemäß art. 55 WvK stellt die Satzung der Gesellschaft häufig erhöhte Anforderungen an Quorum und Majorität ³⁷²⁾.

Wenn eine entsprechende Regelung in den Statuten nicht vorgesehen ist, so ist es theoretisch möglich, daß mit einfacher Mehrheit sogar der Gesellschaftszweck geändert werden kann ³⁷³⁾.

Nur in einem einzigen Fall, nämlich dann, wenn die Aktionärspflichten erhöht werden sollen, braucht sich die Minderheit der Aktionäre gemäß art. 38 b WvK dem Beschluß der Mehrheit nicht zu beugen.

371) Vgl. FREDERICQ, op. cit., tome VI, n^o 883, p. 1295; auch hier kann die Satzung abweichende Regelungen treffen.

372) VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 108.

373) VAN OMMESLAGHE, op. cit., n^o 141, p. 246.

Inwieweit es als eine Erhöhung der Aktionärspflichten angesehen wird, wenn ein Aktionär, welcher gegen die Verschmelzung gestimmt hat, durch den Mehrheitsbeschluß der HV genötigt ist, seine Anteile an der übertragenden Gesellschaft gegen Aktien der aufnehmenden oder neuen N.V. einzutauschen, ist umstritten 374).

Der Beschluß der HV der Aktionäre über die Auflösung der übertragenden Gesellschaft ist seinem Wesen nach zugleich eine Entscheidung über die Verschmelzung.

Würde nun die Übernahme der von der neuen oder aufnehmenden N.V. ausgegebenen Aktien durch einen Aktionär der übertragenden Gesellschaft eine Erhöhung seiner Pflichten darstellen, so wäre eine Verschmelzung immer nur dann möglich, wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sie einstimmig beschließen würden 375). Da das holländische Gesellschaftsrecht eine "liquidation sans partage" nicht kennt, fragt es sich, ob ein Aktionär der aufgelösten Gesellschaft von dieser verlangen kann, daß ihm sein Anteil am Liquidationserlös nicht in Form von Aktien der aufnehmenden oder neuen N.V., sondern in Geld ausgezahlt wird 376).

Aus den Bestimmungen der art. 55c bis 56 h WvK über die Liquidation von N.V. ergibt sich für eine solche Annahme zwingend nichts. Ein solches "Wahlrecht" würde indes wiederum die Durchführung der Verschmelzung unmöglich machen, zu deren Voraussetzungen es gerade gehört, daß die Anteilseigner der aufgelösten Gesellschaft Aktionäre der aufnehmenden N.V. werden. Denjenigen Aktionären der aufgelösten Gesellschaft, die in der HV der Auflösung, und damit der Fusion, zugestimmt haben, kann aber schon deshalb nicht die Befugnis zustehen, die An-

374) Siehe VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 109.

375) Soweit ersichtlich, wird ein derartiges Erfordernis für die Fusion aber nicht verlangt.

376) VAN OVEN und VAN LEEUWE, aaO., p. 109 halten dies auch dann für zweifelhaft, wenn der betreffende Aktionär die Verschmelzung ablehnt, gehen jedoch nicht näher auf die Frage ein.

nahme der von der aufnehmenden N.V. ausgegebenen Aktien abzulehnen, weil ein solches Verhalten ein "venire contra factum proprium" darstellen würde.

Dies Argument läßt sich jedoch nicht auch auf die Aktionäre anwenden, welche der Fusion in der HV ihre Zustimmung versagt haben. Nur wenn der in art. 38 b WvK niedergelegte Grundsatz nicht verletzt wird, sind die Beschlüsse der HV für alle Aktionäre verbindlich. Ein Aktionär kann daher zur Erhöhung seiner Verpflichtungen gegenüber einer N.V. nicht gezwungen werden, es sei denn, er habe ausdrücklich seine Zustimmung erklärt. Eine Erhöhung der Verpflichtungen der Aktionäre liegt indessen nicht schon darin, daß sie gegen Hingabe der Aktien der aufgelösten Gesellschaft solche der aufnehmenden N.V. nach Maßgabe des im Fusionsvertrag festgesetzten Umtauschverhältnisses übernehmen, selbst wenn bei dem Umtausch sogenannte freie Spitzen entstehen. Um Anteilseigner der aufnehmenden N.V. werden zu können, muß der Aktionär entweder noch Aktien der aufgelösten Gesellschaft zu seinen Anteilen hinzuerwerben, oder eine entsprechende zusätzliche Geldzahlung an die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft leisten. Die Liquidatoren, denen die Verteilung der Aktien der aufnehmenden N.V. obliegt, haben die geleisteten Zuzahlungen an die aufnehmende N.V. abzuführen.

Wenn die N.V. hierauf einen Anspruch hat, so stellt eine von dem Aktionär zu leistende, zusätzliche Zahlung eine Erhöhung der Aktionärspflichten dar. Eine derartige zwingende Verpflichtung besteht aber nicht, denn der Aktionär braucht die Aktien der aufnehmenden N.V. nicht zu übernehmen. Es steht ihm frei, seine Aktien an der aufgelösten Gesellschaft zu veräußern. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, den Anteil am Liquidationserlös in Form von Bargeld verlangen zu können³⁷⁷⁾.

377) In diesem Sinne wohl auch VAN OVEN und VAN DEUWE, aaO., p. 109.

Wenn aber nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß der Liquidationserlös einer N.V. an deren Aktionäre in Geld geleistet werden muß, so muß die HV der Aktionäre darüber beschließen, in welcher Form der Liquidationserlös verteilt wird. Bei der Verschmelzung besteht der Erlös aus der "Abwicklung" der übertragenden Gesellschaft in Aktien der neuen oder aufnehmenden N.V.

Daher müssen sich die Minderheitsaktionäre dieser Art der Verteilung des Liquidationserlöses, welche dem Willen der Mehrheit der Aktionäre entspricht, fügen. Allerdings ist es vorstellbar, daß die Minderheitsaktionäre auf Wunsch von den Liquidatoren Bargeld erhalten, nämlich wenn diese eine entsprechende Zahl von Stücken zu Geld machen und die HV der Aktionäre dies Verfahren gebilligt hat.

5. Italien.

Satzungsändernde Beschlüsse der außerordentlichen HV der Aktionäre kommen nur wirksam zustande, wenn sie gemäß art. 2368 II Codice Civile mit mehr als der Hälfte der Stimmen aller ausgegebenen, stimmberechtigten Aktien gefaßt werden.

Eine Mehrheit, welche sich aus der Hälfte aller ausgegebenen stimmberechtigten Aktien plus einer weiteren Stimme zusammensetzt, ist daher ausreichend, aber auch notwendig.

Durch diesen Grundsatz ist zugleich auch das Quorum fixiert, das ebenfalls 50 % der Stimmen plus eine betragen muß.

Die Satzung der Gesellschaft kann die Mindestanforderungen für Quorum und Majorität erhöhen.

Wenn die HV der Aktionäre nicht beschlußfähig ist, weil das erforderliche Quorum nicht erreicht werden konnte, so ist nach art. 2369 Codice Civile eine zweite außer-

ordentliche HV einzuberufen. Ihre Beschlüsse müssen mit einer Mehrheit von wenigstens einem Drittel aller ausgegebenen stimmberechtigten Aktien gefaßt werden.

Zur Änderung des Gesellschaftszweckes oder zur vorzeitigen Auflösung der S.p.A. ist auch in der zweiten HV der Aktionäre die in art. 2368 II Codice Civile geforderte Mehrheit nötig.

Inhalt des Beschlusses der HV der Aktionäre über die Fusion ist jedoch nicht die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft, sondern die Zustimmung der Aktionäre zum Verschmelzungsvertrag.

Die Aktionäre erklären ihr Einverständnis damit, daß die übertragende Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen als Sacheinlage in die aufnehmende oder neue S.p.A. einbringt.

Wenn die Satzung keine besonderen Schutzvorschriften enthält, gilt uneingeschränkt der Grundsatz, der aus art. 2377 Codice Civile folgt, daß die überstimmte Minorität sich einem ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschluß der HV der Aktionäre beugen muß.

In art. 2437 Codice Civile ist ein "diritto di recesso" vorgesehen, das es der Minorität der Aktionäre gestattet, den Folgen des Mehrheitsbeschlusses dadurch zu entgehen, daß sie der S.p.A. ihre Anteile zum Kauf anbietet.

Die Gesellschaft ist verpflichtet, diese von den Aktionären angebotenen Aktien zu einem Preis zu erwerben, der anhand des Aktienwertes, wie er sich aus der letzten Jahresbilanz der Gesellschaft ergibt, ermittelt wird.

Da art. 2437 Codice Civile nur anwendbar ist, wenn die S.p.A. ihren Gesellschaftszweck ändert oder ihren Sitz ins Ausland verlegt, kommen derartige Fälle im Zusammenhang mit der Verschmelzung praktisch kaum vor ³⁷⁸⁾.

378) Nach GUERRA, aaO., p. 97, soll art. 2437 Codice Civile verhindern, daß die Aktionäre "in ihren fundamentalen Rechten gefährdet werden", ohne hiergegen etwas unternehmen zu können.

6. Deutschland.

Für den Verschmelzungsbeschluß der HV der Aktionäre hat § 234 II, Satz 1 AktG Mindestanforderungen aufgestellt, die durch die Gesellschaftssatzung verschärft, nicht aber herabgesetzt werden können.

Der Verschmelzungsbeschluß ist daher nur wirksam, wenn wenigstens drei Viertel des in der HV ordnungsgemäß vertretenen Grundkapitals zustimmen. Eine Stimmenmehrheit, die nicht zugleich Kapitalmehrheit ist, reicht also nicht aus ³⁷⁹⁾.

Ein Quorum verlangt das Aktiengesetz nicht. In der Praxis enthält aber die Satzung regelmäßig hierüber besondere Bestimmungen.

Dem Beschluß der Mehrheit muß sich die Minorität in der HV der Aktionäre beugen. Einen speziellen Schutz der Minderheitsaktionäre oder ein Institut, das dem "diritto di recesso" des italienischen Rechts vergleichbar wäre, kennt das Aktiengesetz von 1937 nicht.

379) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 3 zu § 234 und Anm. 2 zu § 146; ausführlich BÖTTCHER-MEILICKE, § 234, Anm. 25 bis 31.
Siehe auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 13 zu § 234.

§ 12. DER SCHUTZ DER AKTIONÄRE.

In der Hauptversammlung ist den Aktionären der an einer Verschmelzung beteiligten AGen über das Stimmrecht die Möglichkeit gegeben, die für die Fusion notwendigen Beschlüsse in ihrem Sinne zu beeinflussen.

Außerhalb der Hauptversammlung müssen die Aktionäre auf andere Weise vor Nachteilen geschützt werden, die sich aus der Verschmelzung ergeben können.

Diesem Ziel dient die Befugnis der Aktionäre, jedenfalls soweit es sich um Angehörige der überstimmten Minorität handelt, Maßnahmen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder ihrer Organe anzufechten. Das einzelnen Aktienrechten bekannte Sonderprüfungsrecht und spezielle Schadenersatzansprüche spielen daneben eine geringere Rolle.

I. Die Anfechtung wegen Formfehlern.

Die Gründe, welche zur Anfechtbarkeit von Maßnahmen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften führen, sind bereits im einzelnen dargelegt worden.

Die Berufung eines Aktionärs auf Formfehler, e.g. bei der Beschlußfassung durch die HV der Aktionäre, hat nach französischem Aktienrecht nur Aussicht auf Erfolg, wenn es sich um wirklich gravierende Mängel handelt.

Daher sind solche Anfechtungsklagen praktisch selten.

Für die Zulässigkeit der Klage ist bereits der Nachweis erforderlich, daß der behauptete Formverstoß die angefochtene Maßnahme der S.A. oder eines ihrer Organe beeinflußt hat ³⁸⁰⁾. Auch nach der Klageerhebung hat die beklagte S.A. gemäß art.8 des Gesetzes vom 24.VII.1867 noch die Möglichkeit, den Formmangel zu beseitigen.

380) HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 693, p. 820.

Von praktischer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang eigentlich nur die Fälle, in denen die Tagesordnung der einberufenen HV der Aktionäre die zur Beschlußfassung anstehenden Anträge nicht klar genug erkennen läßt.

In der belgischen und luxemburgischen Rechtspraxis sind Anfechtungsklagen von Aktionären, welche die Verletzung von Formvorschriften rügen, ebenfalls sehr selten.

Nur insoweit, als ein Verstoß gegen Formerfordernisse, seien sie vom Gesetz oder von der Gesellschaftsatzung aufgestellt, die Beschlußfassung der Aktionäre in der HV beeinflußt hat, stellt er eine "cause de nullité" dar.

Unter diesem Begriff faßt das belgische Aktienrecht Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe zusammen.

Nur solche Aktionäre, welche ohne das Vorliegen des betreffenden Formmangels in anderem Sinne abgestimmt hätten oder solche, die dem tatsächlich gefaßten Beschluß ihre Zustimmung versagt haben, sind zur Anfechtung berechtigt.

Typische Beispiele für solche schweren Formverstöße liegen vor, wenn über einen Gegenstand, der nicht in der Tagesordnung der HV enthalten war, ein Beschluß gefaßt wird oder wenn ein ordnungsgemäßes Protokoll über die HV der Aktionäre fehlt³⁸¹⁾.

Dagegen liegt ein Anfechtungsgrund nicht schon darin, daß ein Aktionär, wenn auch unverschuldet, verhindert war, an der HV der Aktionäre selbst teilzunehmen³⁸²⁾.

Wenn das angerufene Gericht (das für den "siège social" der S.A. zuständige Tribunal de Commerce) die Anfechtungsklage für begründet hält, so hat es auf Antrag die Nichtigkeit der angefochtenen Maßnahme festzustellen.

381) Vgl. WAUWERMANS, op. cit., n° 541, p. 360.

382) So Cour de Cassation vom 26.IV.1948, in Pasicrisie Belge 1948 I 277.

In Holland bieten derartige Anfechtungsklagen nur Aussicht auf Erfolg, wenn vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Formerfordernisse nicht beachtet worden sind. Die Bestimmungen der Statuten sind allerdings meist so flexibel gehalten, daß sich Formverstöße unschwer heilen lassen.

In Italien sind die Anfechtungsklagen der Aktionäre von einer Reihe von Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängig gemacht, die noch im einzelnen dargestellt werden. Schon aus diesem Grunde ist die Anfechtungsklage, die ausschließlich auf die Verletzung einer Formvorschrift gestützt wird, eine Ausnahme.

An den Nachweis des Anfechtungsinteresses werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt.

Die Behauptung, der S.p.A. könne möglicherweise dadurch ein Schaden entstanden sein, weil bei der Abstimmung über den angefochtenen Beschluß der HV solche Aktionäre mitgewirkt hätten, die sich in einem Interessenkonflikt befanden, genügt bereits ³⁸³⁾.

Der typische Fall eines Interessenkonfliktes ist dann gegeben, wenn ein Mitglied der Verwaltung in seiner Eigenschaft als Aktionär der S.p.A. bei der Entlastung der Verwaltung mit abstimmt. Dagegen liegt ein Interessenkonflikt nicht schon darin, daß ein Aktionär Aktien aller an der Verschmelzung beteiligten S.p.A. besitzt. Neben seinen Rechten als Anteilseigner der Gesellschaft übt der Aktionär in dieser keine weitere Stellung aus, welche die Wahrnehmung seiner Aktionärspflichten beeinträchtigen könnte.

Hat die Anfechtung einer Entscheidung der S.p.A. Erfolg, so wird die getroffene Maßnahme vom Gericht für nichtig

383) Vgl. Corte di Cassazione vom 18.IV.1961, in Foro it., 1961 I 572.

erklärt und die Verwaltung der S.p.A. zugleich verpflichtet, die notwendigen Schritte zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes einzuleiten.

Hierin unterscheidet sich auch das deutsche Aktienrecht nicht wesentlich. Es kann daher der Hinweis genügen, daß sich die Voraussetzungen für eine Anfechtung von Maßnahmen einer AG oder ihrer Organe durch einzelne Aktionäre ganz allgemein aus § 198 I, Ziffer 1 bis 3, und § 198 II AktG ergeben.

II. Die Berufung der Aktionäre auf materielle Mängel.

Von weitaus größerer praktischer Bedeutung ist die Anfechtung von Entscheidungen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder ihrer Organe, wenn sich Aktionäre auf materielle Fehler berufen, mit welchen die Beschlüsse der HV behaftet sind.

1. Frankreich.

Das Bestreben, in der HV einen starken Einfluß auszuüben, hat zu der Bildung von Aktionärskonsortien, den "syndicats de blocage", geführt. Die Beweggründe für solche Zusammenschlüsse liegen entweder darin, daß sich eine Minorität gegen einen Großaktionär³⁸⁴⁾ oder eine beherrschende Aktionärsgruppe - beispielsweise die Mitglieder der Gründerfamilie einer S.A. - schützen will oder daß einzelne Aktionäre versuchen, durch Absprachen den beherrschenden Einfluß in der HV zu gewinnen.

Das geschieht in der Weise, daß in dem Konsortialvertrag, welcher dem "syndicat de blocage" zugrunde liegt, die

384) Die Vereinigung sämtlicher Aktien einer S.A. in einer Hand verstößt nach art. 23 und 38 des Gesetzes vom 24.VII.1867 gegen den Vertragscharakter der S.A. Daher kennt das französische Recht die Einmann-AG nicht.

Ausübung des Stimmrechts in einheitlichem Sinne vereinbart wird. Diese Form der "convention relative au droit de vote" ist bei weitem die häufigste und kommt in unzähligen Varianten als schriftliche oder mündliche Absprache vor.

Die Bindung einzelner Aktionäre im Rahmen eines Konsortiums kann aber auch alle übrigen Elemente der Mitgliedschaftsrechte an der S.A. erfassen und zu einer besonderen Form, der "convention restrictive au droit de disposition" werden ³⁸⁵⁾. In welchem Umfang die "syndicats de blocage" zulässig sind, ist umstritten. Einigkeit herrscht nur insoweit, als ein Aktionär, welcher an der HV selbst nicht teilnehmen kann oder will, die Ausübung des Stimmrechts aus seinen Aktien auf einen anderen Aktionär übertragen kann ³⁸⁶⁾.

Wenn die Verfügungsbefugnis des einzelnen Aktionärs über seine Aktien nicht beeinträchtigt wird, ist eine Abrede, welche sich auf die gemeinsame Stimmabgabe bei einem vorher genau bezeichneten Punkt der Tagesordnung bezieht, als gültig anerkannt worden ³⁸⁷⁾.

Die Beschränkung der freien Ausübung des Stimmrechts darf indessen nur vorübergehend und muß dem Mandatar gegenüber frei widerruflich sein ³⁸⁸⁾.

Die Mandatstheorie wird auch mit art. 27 des Gesetzes vom 24.VII.1867, in der Fassung durch das Décret-Loi vom 30.X.1935, begründet.

Nach dieser Vorschrift kann bei der Verhandlung über alle Tagesordnungspunkte, welche nicht unter die art. 30 oder 31 des Gesetzes vom 24.VII.1867 fallen, der Zutritt zu

385) FOYER, aaO., p. 232; die Aktionärsrechte setzen sich aus "prérogative d'ordre pécuniaire, de gouvernement et d'ordre judiciaire" zusammen.

386) VAN HAECKE, op. cit., n° 72, p. 83; FOYER, aaO., p. 233.

387) Cour de Cassation, vom 14.III.1950, in J.C.P. 1950 II n° 5694.

388) In diesem Sinne die zitierte Entscheidung der Cour de Cassation, vom 14.III.1950. FOYER, aaO., will die Widerruflichkeit der Beschränkung nicht zur Bedingung gemacht wissen. Dagegen hält VAN HAECKE, op. cit., n° 72, p. 82 jede Art von Stimmrechtsbindung für unzulässig.

der HV vom Besitz einer in der Satzung der Gesellschaft festgelegten Anzahl von Aktien abhängig gemacht werden.

Obwohl eine Stammaktie wenigstens eine Stimme gewährt, ist der Inhaber einer einzigen Aktie in diesen Fällen nicht im Stande, sein Stimmrecht allein auszuüben, sondern ist vielmehr gezwungen, zusammen mit anderen Aktionären einen gemeinsamen Mandatar mit der Ausübung des Stimmrechts zu beauftragen ³⁸⁹⁾.

Ein vielleicht zu Anfang noch unbedeutendes Aktionärskonsortium kann sich durch den Anschluß weiterer Aktionäre sehr leicht zu einem "Stimmenblock" in der HV entwickeln und diese sogar majorisieren, wenn sich keine anderen Zusammenschlüsse mit abweichender Zielsetzung bilden.

Es bedarf keiner weitergehenden Erörterung, um darzulegen, welchen Einfluß derartige Konsortien gerade bei der Verschmelzung von S.A. gewinnen können. Wenn sich die Verwaltung einer S.A. erst einmal der Unterstützung eines Aktionärskonsortiums versichert hat, ist das Ergebnis der Beschlußfassung in der HV der Aktionäre gewährleistet oder zumindest voraussehbar.

Die Beschlüsse der HV, welche mit Hilfe eines Aktionärskonsortiums, das über eine feste Mehrheit verfügt und sich nicht nur "ad hoc" zusammengefunden hat, zustande gekommen sind, laufen stets Gefahr, unter dem Gesichtspunkt des "détournement de pouvoir" oder "abus de majorité" angefochten zu werden.

Die Lehre vom "détournement de pouvoir" und "abus de majorité" sind von der Wissenschaft und der Rechtsprechung entwickelt worden, um zu verhindern, daß ein begrenzter Interessentenkreis sich auf Kosten einer S.A. unbillige Vorteile verschafft oder Minderheitsaktionäre benachteiligt werden.

389) Vgl. HAMEL et LAGARDE, op. cit., n^o 689, p. 815/816.

Der Nachweis der schädigenden Absicht, den die Rechtsprechung bei Anfechtungsklagen verlangt, welche auf "détournement de pouvoir" oder "abus de majorité" gestützt werden, gestaltet sich in der Praxis oft sehr schwierig. Daher bleiben die meisten dieser Anfechtungsklagen ohne Erfolg ³⁹⁰⁾.

Ein Aktionärskonsortium, dessen Ziel es ist, "grundsätzlich immer den Vorschlägen der Verwaltung zuzustimmen", ist nach übereinstimmender Auffassung unzulässig ³⁹¹⁾. Eine derart allgemein formulierte Zielsetzung ist selbst bei großzügiger Betrachtungsweise nicht mehr mit den Grundsätzen zu vereinbaren, welche das freie Spiel der Meinungen in der HV der Aktionäre zu Gunsten von Stimmrechtsbindungen in zulässiger Weise einschränken.

Zeitweilig hat die Rechtsprechung die strengen Anforderungen, welche sie an die Zulässigkeit der "syndicats de blocage" gestellt hat, gemildert und Aktionärskonsortien, deren Zweck die Wahrung der Mehrheit in der HV war, für zulässig erklärt ³⁹²⁾.

Neuerdings scheint die Judikatur die Zulässigkeit der "syndicats de blocage" wieder von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen ³⁹³⁾.

Nach dem derzeitigen Stand von Lehre und Rechtsprechung in Frankreich kann davon ausgegangen werden, daß Ak-

390) Vgl. Cour de Cassation, vom 16.XI.1943, in SIREY 1947, 1,1; Tribunal Commercial de la Seine, vom 17.I.1949, in SIREY 1949, 2, 161. Im gleichen Sinne die Entscheidungen des Tribunal Commercial de la Seine vom 9.XII.1920, in Journal des Sociétés 1924, p. 516 und der Cour de PARIS, vom 27.III.1950, in Gaz.Pal. 1950 II 48.

Siehe aber auch HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 699, p. 327.

391) FOYER, aaO., p. 237 mit ausführlichen Hinweisen.

392) Cour de Cassation, vom 2.III.1955 in J.C.P. 1955 II, n° 8823: "La convention de blocage...n'est point nulle en tant qu'elle est destinée à maintenir la majorité".

393) Vgl. Cour de Cassation, vom 10.VI.1960, in DALLOZ, Sommaires, 1961, p. 18.

tionärskonsortien nur in begrenztem Rahmen und nur zu ganz konkret bestimmten Zwecken zulässig sind. Sobald sich die "syndicats de blocage" zu Dauereinrichtungen entwickeln oder zum Schaden einzelner Aktionäre handeln, ohne dies im höheren, wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft zu tun, können sie für unzulässig erklärt werden.

In diesen Fällen sind die mit Hilfe der Aktionärskonsortien zustandegekommenen Beschlüsse der HV der Aktionäre mit der Anfechtungsklage angreifbar.

Bei Erfolg der Klage muß eine neue HV der Aktionäre einberufen und der angegriffene Beschluß unter Vermeidung der gerügten Mängel erneut gefaßt werden.

2. Belgien.

Die Rechtsprechung hat sich mit Erfolg bemüht, die Grenzen abzustecken, innerhalb deren die Minderheit der Aktionäre sich dem Beschluß der Mehrheit unterwerfen muß.

Ein "abus de droit de la majorité" liegt nur dann vor, wenn der Beschluß einer HV der Aktionäre ein "élément intentionnel" und einen "effet spoliateur" ³⁹⁴⁾ enthält, durch den die Minderheit der Aktionäre in ihren Rechten verletzt wird. Ein solcher Beschluß der HV ist von "Motiven getragen, welche den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen" ³⁹⁵⁾.

Einer der Hauptanwendungsfälle des "détournement de pouvoir" in Belgien ist die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre (égalité des actionnaires). Bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts setzte

394) Cour de BRUXELLES, vom 8.VII.1954, in J.T. 1954, p. 681 und Rev.prat.soc. 1955, p. 285.

395) So die zitierte Entscheidung der Cour de BRUXELLES vom 8.VII.1954.

sich die Auffassung durch ³⁹⁶⁾, daß die Gemeinsamkeit der Interessen und die Gleichbehandlung der Aktionäre auf Grund der von ihnen vertretenen Kapitalanteile die einzige Grundlage für das freie Entscheidungsrecht der HV der Aktionäre einer S.A. darstellt.

Dem "pouvoir de décider" wird indessen der Boden entzogen, wenn das Wohl der S.A. aufhört, oberste Maxime für das Handeln der HV der Aktionäre zu sein.

In einem Fall, in welchem eine S.A. ihr Vermögen, das sie zum Zwecke der Fusion auf eine andere S.A. übertragen wollte, zu niedrig bewertet hatte, hatten die wenigen Großaktionäre, welche über die Stimmenmehrheit in der HV verfügten, am Tag der Aufstellung der Fusionsbilanz die Auflösung der Gesellschaft beschlossen.

Dieser Beschluß der HV wurde vom Gericht für nichtig erklärt ³⁹⁷⁾.

Wenn die Mehrheit der Aktionäre ihre Machtstellung in der HV mißbraucht, so liegt darin zugleich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre.

Die Berufung auf dies Prinzip ist daher häufig der Grund, auf den sich Anfechtungsklagen von Aktionären stützen, welche dem Beschluß der HV der Aktionäre ihre Zustimmung versagt haben.

In einem Fall, in welchem die Aktien aus der Kapitalerhöhung einer S.A. von einer Finanzierungsgesellschaft "en bloc" übernommen worden waren, wurde entschieden, daß, ungeachtet des den Aktionären zustehenden Bezugsrechtes, kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung vorlag ³⁹⁸⁾. Eine Finanzierungsgesellschaft

396) Der hervorragendste Vertreter dieser Ansicht war PIRMEZ. Vgl. Notes Posthumes, in Rev. prat. soc. 1891, p. 274.

397) Cour de BRUXELLES, vom 7.VII.1955, in J.P.A. 1956, p. 25.

398) Cour de LIÈGE, vom 8.VII.1952, in Rev. prat. soc. 1954, p. 32.

hatte sich nämlich verpflichtet, fünfzehn Tage nach der Übernahme die Aktien zum Emissionskurs, nach Abzug der entstandenen Kosten, den Aktionären zum Erwerb anzubieten. Die Abweisung der Anfechtungsklage wurde vom Gericht damit begründet, daß es für die emittierende S.A. von Vorteil gewesen sei, sofort über den Gegenwert für die gesamten ausgegebenen Aktien verfügen zu können, und die Finanzierungsgesellschaft bei dieser Finanzoperation keinen ungewöhnlichen Gewinn erzielt habe. Die Aktionäre seien also in keiner Weise geschädigt worden, denn sie hätten ihr Bezugsrecht uneingeschränkt, wenn auch mittelbar, ausüben können.

An dem Wohl der Gesellschaft, das zugleich auch den Interessen der Aktionäre entspricht, findet der Grundsatz der Gleichbehandlung seine Grenze.

Aus art. 76 L.C. folgt, daß die Stimmenmehrheit in der HV der Aktionäre eine Personenmehrheit voraussetzt.

Diese Tatsache hat dazu geführt, daß Aktionäre, welche über größere Aktienpakete verfügen, sich in Interessengemeinschaften zusammenfinden, welche den Zweck haben, die Stimmenmehrheit in der HV und damit die Kontrolle der S.A. zu garantieren.

In der Regel entscheidet sich ein derartiges Aktionärskonsortium noch vor dem Zusammentreten der HV, in welchem Sinne seine Mitglieder in der HV abstimmen werden. Damit wird der vom Gesetzgeber ³⁹⁹⁾ aufgestellte Grundsatz der freien Willensbildung der Aktionäre in der HV durchbrochen.

Daher bekämpfen Lehre ⁴⁰⁰⁾ und Rechtsprechung die Aktionärskonsortien, welche sich in keiner Weise von den

399) Der art. 79 L.C. geht von einer "discussion" der von der Verwaltung gemachten Vorschläge durch die Aktionäre aus. Sinn dieser Vorschrift kann es daher nur sein, daß der einzelne Aktionär sich anhand des Ergebnisses der Diskussion eine Meinung bildet und entsprechend abstimmt.

400) COPPENS, aaO., p. 255 und VAN RYN, op. cit., tome I, n° 707, p. 442 mit weiteren Nachweisen.

aus dem französischen Recht bekannten "syndicats de blocage" unterscheiden.

Auch die "Commission Bancaire", welche die Veränderungen bei den belgischen S.A., insbesondere die Satzungsänderungen, sorgsam registriert, hat aus Gründen des Aktionärschutzes gegen die Aktionärskonsortien Stellung bezogen ⁴⁰¹⁾.

Das "libre jeu des délibérations" ⁴⁰²⁾ in der HV der Aktionäre wird durch die Konsortien unangemessen eingeschränkt.

Man kann die "syndicats de blocage" auch als Hauptversammlung in der Hauptversammlung bezeichnen, welche ihre Entschlüsse mit einer relativ geringen Mehrheit fassen und am Ende doch die HV der Aktionäre majorisieren kann.

Mit der Begründung, es handle sich um eine unechte Majorität, ist daher ein solches Aktionärskonsortium, dessen Mitglieder sich vor dem Zusammentreten der HV verpflichtet hatten, in einem bestimmten Sinne ihre Stimme abzugeben, für nichtig erklärt worden ⁴⁰³⁾.

Dennoch sind Aktionärskonsortien, welche feste Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts in der HV vorsehen, nicht ausnahmslos unzulässig ⁴⁰⁴⁾.

401) Näheres hierzu und über die Stellung der "Commission Bancaire" bei VAN RYN, op. cit., tome I, n° 713, p. 444.

402) COPPENS, aaO., p. 255.

403) Cour de LIÈGE vom 20.II.1940, in Rev.prat. soc. 1947 p. 296.

404) Cour de BRUXELLES vom 11.VII.1950, in Revue de la Banque, 1951, p. 278. Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatten zwei Großaktionäre eine Kapitalerhöhung der S.A. beschlossen, um, unter Ausschluß des Bezugsrechtes der übrigen Aktionäre, für nicht realisierbare Forderungen, die ihnen gegen die Gesellschaft zustanden, mit den neu geschaffenen Aktien ihren drohenden eigenen Ausfall zu decken. Die Absprache zwischen den beiden Großaktionären wurde für zulässig erachtet, weil sie nur für einen bestimmten Einzelfall galt und darüber hinaus dem Wohl der S.A. diene, welche andernfalls mit Sicherheit in Konkurs gefallen wäre. Daher war mit dieser Maßnahme auch den Interessen der Minderheitsaktionäre gedient.

Unter der Voraussetzung, daß die Vereinbarung über die Stimmabgabe in der HV der Aktionäre nur für einen ganz bestimmten Tagesordnungspunkt gilt, wollen auch einige Autoren ⁴⁰⁵⁾ Aktionärskonsortien zulassen, sofern diese nicht zum Zwecke der Benachteiligung bestimmter Aktionäre oder Aktionärsgruppen geschaffen worden sind.

Ein Beschluß der HV der Aktionäre, welcher nur mit Hilfe eines unzulässigen Aktionärskonsortiums mit der erforderlichen Mehrheit zustandegekommen ist, verstößt gegen das Prinzip, daß die HV ihre Befugnisse nur zum Wohl der Gesellschaft ausüben darf.

Diejenigen Aktionäre, welche dem Beschluß nicht zugestimmt haben, sind zur Anfechtung berechtigt ⁴⁰⁶⁾.

Erweist sich eine entsprechende Anfechtungsklage als begründet, so erklärt das zuständige Tribunal de Commerce das Aktionärskonsortium für unzulässig und den angegriffenen Beschluß der HV für nichtig.

Besonders häufig kommen solche Beschlüsse der HV im Zusammenhang mit der vorzeitigen Auflösung einer S.A. vor, sei es, daß durch eine Neugründung oder eine Verschmelzung die aufgelöste S.A. mit nur wenigen Großaktionären und unter Ausschluß der Minderheitsaktionäre "fortgesetzt" werden soll ⁴⁰⁷⁾ oder daß die Auflösung der S.A. den Zweck hat, einem einzigen Aktionär besondere Vorteile zu verschaffen ⁴⁰⁸⁾.

Wenngleich es in der Praxis oftmals schwierig sein dürfte, Tatsachen, welche zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses der HV der Aktionäre führen können, wie e.g. das Vor-

405) Vgl. WAUWERMANS, op. cit., n° 605, p. 395.

406) Dies ist mittlerweile allgemein anerkannt, vgl. auch Cour de BRUXELLES, vom 8.VII.1954, in Rev.prat.soc. 1955, p. 285.

407) Cour de BRUXELLES, vom 28.II.1950, in Rev.prat.soc. 1954, p. 316.

408) Ein solcher Fall lag der bereits zitierten Entscheidung der Cour de BRUXELLES vom 8.VII.1954 zugrunde.

liegen eines unzulässigen Aktionärskonsortiums, nachzuweisen, so bieten doch die vornehmlich von der Rechtsprechung in Belgien entwickelten Prinzipien den Minderheitsaktionären vielfältige Möglichkeiten, sich vor den gegebenenfalls schwerwiegenden Nachteilen einer Verschmelzung zu schützen.

Das gilt für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften ebenso wie für die Anteilseigner der aufnehmenden S.A.

Dies unmittelbare Mitbestimmungsrecht der Aktionäre der aufnehmenden S.A. entfällt zwar, wenn die Verwaltung der Gesellschaft in der Lage ist, eine Kapitalaufstockung in entsprechendem Umfang aus genehmigtem Kapital vorzunehmen. Die Anfechtungsmöglichkeiten der Aktionäre werden aber hierdurch keinesfalls eingeschränkt.

Unabhängig davon besteht die deliktische Haftung der Organe der S.A., einzelner Aktionäre oder Mitglieder der Verwaltung gegenüber Anteilseignern, welche im Zusammenhang mit der Verschmelzung geschädigt worden sind.

Wenn Dritte im guten Glauben an die Wirksamkeit eines mit Erfolg angefochtenen Beschlusses der HV der Aktionäre Rechte erworben haben, so kann dieser Beschluß nicht mehr mit Wirkung gegen diese Dritten für nichtig erklärt werden ⁴⁰⁹⁾.

In solchen Fällen können diejenigen Beteiligten, welche von dem angegriffenen Beschluß der HV unrechtmäßig profitiert haben, zum Ersatz des entstandenen Schadens verurteilt werden ⁴¹⁰⁾.

409) Vgl. VAN RYN - VAN OMMEFLAGHE, Examen de Jurisprudence 1954-1956, "Sociétés Commerciales", in Rev. crit.jur. belge 1958. n^o 27, p. 83.

410) Cour de LIÈGE, vom 8.VII.1952, in Rev.prat.soc. 1954, p. 32.

Die bisher dargelegten Möglichkeiten zur Wahrung der Rechte der Aktionäre bei der Verschmelzung von S.A. gelten nicht nur für die Stammaktionäre, sondern für alle Aktiengattungen.

3. Luxemburg.

Aktionärskonsortien kennt das luxemburgische Aktienrecht nicht. Dennoch bilden sich auch in Luxemburg immer wieder Interessengemeinschaften von Aktionären, welche in schriftlicher oder mündlicher Absprache eine einheitliche Stimmabgabe in der HV vereinbaren. Wie in Belgien findet auch in Luxemburg die Zulässigkeit von "syndicats de blocage" ihre Grenze dort, wo die Rechte Dritter berührt oder die Interessen der S.A. verletzt werden.

In der Behandlung materieller Mängel von Beschlüssen der HV der Aktionäre unter dem Gesichtspunkt des "détournement de pouvoir" unterscheidet sich das luxemburgische Aktienrecht nicht von den in Frankreich und Belgien geltenden Grundsätzen.

4. Holland.

Stimmrechtsvereinbarungen oder sonstige Absprachen zwischen Aktionären, welche der Bildung von Aktionärskonsortien dienen, sind dem WvK unbekannt. Desungeachtet sind aber auch in Holland Aktionärskonsortien häufig anzutreffen, weil sie das einfachste Mittel darstellen, gleichgesinnten Aktionären, welche allein nur über geringfügige Kapitalbeteiligungen verfügen, in der HV zu Einfluß zu verhelfen ⁴¹¹⁾.

411) In einer Entscheidung vom 30.VI.1944, zitiert bei FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 884, p. 1298, hat der "Hooge Raad" sich für die Zulassung von Aktionärskonsortien ausgesprochen. In der Literatur wird diese Auffassung weitgehend abgelehnt, vgl. FREDERICQ, aaO.

Beschlüsse der HV der Aktionäre, die unter Mitwirkung von Aktionärskonsortien zustandegekommen und gegen die Interessen der Gesellschaft gerichtet sind, können gemäß art. 46 a I WvK angefochten werden.

Die Anfechtung von Entscheidungen der N.V. oder ihrer Organe gestattet es denjenigen Aktionären, welche der Verschmelzung ihre Zustimmung versagt haben, beim Vorliegen entsprechender Voraussetzungen, die Fusion zu vereiteln oder rückgängig zu machen ⁴¹²⁾.

Darüber hinaus eröffnet art. 53 WvK den Aktionären die Möglichkeit, Maßnahmen der Verwaltung ihrer N.V. gerichtlich überprüfen zu lassen.

Bei der Verschmelzung kann daher eine Überprüfung des Fusionsvertrages oder einzelner der in ihm enthaltenen Klauseln gefordert werden.

Auf Antrag von wenigstens einem Fünftel der Stammaktionäre nimmt das für den Sitz der N.V. zuständige Landgericht diese Überprüfung vor. Das geschieht freilich erst dann, wenn die Gesellschaft einem entsprechenden Antrag der Aktionäre von sich aus nicht stattgegeben hat.

Dies Sonderprüfungsrecht der Minorität findet in Deutschland in § 118 AktG eine Parallele.

Die Aktionäre, welche den Antrag auf Überprüfung gestellt haben, machen sich schadensersatzpflichtig, wenn der vom Gericht bestellte Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die beanstandete Maßnahme der N.V. nicht gegen Gesetz oder Satzung verstößt. Erweist sich der Antrag als begründet, so ist die getroffene Maßnahme rückgängig zu machen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung oder auch Aktionäre, welche die angegriffene Maßnahme getroffen haben, sind gemäß art. 47 c WvK zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet.

412) Näheres vgl. oben § 10.

In der Praxis sind derartige Fälle selten ⁴¹³⁾.

Das Prüfungsrecht des art. 43 c WvK gilt gemäß art. 54 c in Verbindung mit art. 46 b I WvK bei Gesellschaften, deren Kapital ausschließlich durch Namensaktien repräsentiert wird, nicht kraft Gesetzes, sondern nur wenn es in der Satzung vorgesehen ist ⁴¹⁴⁾.

5. Italien.

Nach art. 2377 II Codice Civile sind nur solche Aktionäre für die Anfechtungsklage aktivlegitimiert, welche gegen den angegriffenen Beschluß gestimmt haben oder in der HV, die diesen Beschluß gefaßt hat, nicht anwesend waren ⁴¹⁵⁾.

Außerdem genügt es nicht, wenn der gerügte Mangel nur einem einzelnen Aktionär Nachteile bringt, sondern die angegriffene Entscheidung der HV der Aktionäre muß zugleich gegen das Wohl und die Interessen der S.p.A. gerichtet sein. Diese Voraussetzung läßt sich allerdings bei der Anfechtung von HV-Beschlüssen im Zusammenhang mit der Fusion in den meisten Fällen behaupten ⁴¹⁶⁾.

Auch wenn bei einer Verschmelzung Aktionäre einer der beteiligten S.p.A. nur einzelne Punkte des Verschmelzungsbeschlusses, wie zum Beispiel die Festsetzung des Umtauschverhältnisses, rügen, sind sie verpflichtet, den Beschluß im Ganzen anzufechten.

Schließlich besteht noch eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage darin, daß der anfechtende Aktionär entweder eine Aktie der S.p.A. ordnungsgemäß

413) Vgl. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., n° 139, p. 244.

414) Siehe hierzu JAHR und VÖLLMAR, aaO., Nr. 14.5, S.38/39

415) So GRAZIANI, op. cit., n° 108, p. 358; ebenso FERRARA, op. cit., n° 230, p. 464.

416) Vgl. hierzu Corte d'appello di MILANO, vom 29.IV. 1955, in Foro it., 1956 I 597 und Corte d'appello di PALERMO, vom 3.III.1955, ebendort.

hinterlegt oder sonst in geeigneter Form seine Aktionärsseigenschaft nachweist ⁴¹⁷⁾.

Gerade bei bedeutsamen Entscheidungen der HV der Aktionäre, zu welchen auch der Beschluß über die Verschmelzung gehört, schließen sich häufig Aktionäre zu Interessengruppen zusammen.

Bei diesen "sindacati di blocco" ⁴¹⁸⁾ handelt es sich, genau wie in Frankreich, um Aktionärskonsortien, die den Zweck haben, eine einheitliche Stimmabgabe durch die ihnen angehörenden Aktionäre zu gewährleisten.

Die "sindacati di blocco" sind gesetzlich nicht geregelt ⁴¹⁹⁾.

Die Rechtslehre hat überwiegend den Standpunkt eingenommen, das Stimmrecht und seine Ausübung diene in erster Linie den Interessen der Aktionäre und erst dann dem Nutzen der Gesellschaft. Daher könne es auch kein absolutes Prinzip geben, nach welchem die Willensbildung der Aktionäre nur innerhalb der HV und "ad hoc" vor sich gehen müsse ⁴²⁰⁾.

Man hält aus diesem Grunde Aktionärskonsortien, welche in der HV der Aktionäre über die Mehrheit der Stimmen verfügen, auch dann für zulässig, wenn sie sich ganz allgemein zum Ziel gesetzt haben, die Fortführung der bisherigen Geschäftspolitik der Verwaltung sicherzustellen.

Die natürliche Folge der Begünstigung von Aktionärsgruppen, welche über die Stimmenmehrheit in der HV gebieten, besteht aber darin, daß sich auch die Minderheitsaktionäre in Konsortien zusammenschließen ⁴²¹⁾. In scharfem

417) Corte de Cassazione, vom 27.VI.1961, in Foro it., 1961 I 1454/1455.

418) So GRAZIANI, op. cit., n° 84, p. 269.

419) CASSONI, "Rapport sur les syndicats d'actionnaires en droit italien", aaO., p. 263 verweist auf die Erörterung dieser Frage in n° 972 der Motive zum Codice Civile von 1942.

420) CASSONI, aaO., p. 264, mit Literaturhinweisen.

421) FERRARA, op. cit., n° 184, p. 358/359.

Gegensatz zu dieser von der Lehre geäußerten Auffassung steht die Rechtsprechung, welche die "sindacati di blocco" grundsätzlich für unzulässig hält.

In der ersten bedeutenden Entscheidung zu dieser Frage hat der Corte di Cassazione ⁴²²⁾ seine Auffassung damit begründet, daß es dem öffentlichen Interesse entspreche, wenn sich die Willensbildung der Aktionäre unabhängig und unmittelbar in der HV durch die Abstimmung manifestiere. Es könne daher nicht zulässig sein, daß eine Minderheit, die jedoch innerhalb eines Konsortiums das Übergewicht habe, durch die Beschlußfassung des "sindacato di blocco" instandgesetzt werde, mit den Stimmen aller darin zusammengeschlossenen Aktionäre in der HV die effektive Mehrheit erreiche. Nur ein Aktionärskonsortium, dessen Mitglieder sich ohne Ausnahme verpflichtet hätten, einstimmig in der HV zu votieren, könne gültig sein, denn diese Aktionäre würden auch ohne Absprache in dem Konsortium einheitlich in der HV abgestimmt haben.

Von dieser Auffassung ist die Rechtsprechung auch in der Folgezeit nicht abgegangen ⁴²³⁾.

Es wird daran festgehalten, daß eine Ausübung des Stimmrechts, der eine Absprache zwischen den Mitgliedern eines Aktionärskonsortiums zugrunde liegt, ein "abuso del diritto di voto" gegenüber den Minderheitsaktionären, welche nicht "organisiert" sind, darstellt.

Ein Beschluß der HV der Aktionäre, der mit Hilfe eines "sindacato di blocco" zustandegekommen ist, kann von Aktionären, welche sich durch diesen Beschluß benachteiligt fühlen, angefochten werden.

422) Corte di Cassazione, vom 31.VII.1949, in Foro it. 1949 I 920; siehe auch die kritische Anmerkung von ASCARELLI hierzu in Foro it. 1950 I 175.

423) Vgl. Tribunale di VICENZA, vom 24.II.1953, in Foro. it. 1953 I 726 und besonders eingehend Corte di Cassazione, vom 19.II.1954, in Foro it. 1954 I 1432.

Hat die Anfechtungsklage Erfolg, so stellt das angerufene Gericht die Nichtigkeit des Beschlusses der HV der Aktionäre und zugleich damit die Unzulässigkeit des Aktionärskonsortiums fest.

In der Praxis scheitern derartige Anfechtungsklagen meistens an Beweisschwierigkeiten.

Um den klaffenden Gegensatz zwischen den Auffassungen von Rechtslehre und Judikatur im Hinblick auf die Zulässigkeit der Aktionärskonsortien zu überbrücken, hat eine Professorenkommission einen Entwurf für die Neufassung des art. 2372 Codice Civile vorgelegt, der jedoch bislang noch nicht Gesetz geworden ist.

Nach diesem Entwurf sollen "sindacati di blocco" nur zulässig sein, wenn sie auf einem schriftlich geschlossenen Vertrag beruhen und auf eine Zeit von höchstens fünf Jahren begrenzt sind ⁴²⁴⁾.

Ähnlich wie in Deutschland und Holland besteht auch in Italien ein gesetzliches Sonderprüfungsrecht der Minderheitsaktionäre.

Nach art. 2409 Codice Civile können Aktionäre, die wenigstens 10 % des Nominalkapitals einer S.p.A. in Händen halten, beim Landgericht, das für die Gesellschaft örtlich zuständig ist, eine Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung beantragen.

Mit dieser Überprüfung wird vom Gericht auf Kosten der Antragsteller - gegebenenfalls gegen Hinterlegung einer angemessenen Kautions - ein Sachverständiger beauftragt. Wenn sich auf Grund der Überprüfung Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung herausstellen, so kann das Gericht die HV der Aktionäre einberufen und einen "amministratore giudiziario" bestellen, der berechtigt ist, die

424) Siehe hierzu CASSONI, aaO., p. 265. Nach dem Entwurf ist unter anderem vorgesehen, daß es noch nicht zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses der HV genügt, wenn ein Aktionär, der Mitglied eines Konsortiums ist, die getroffenen Vereinbarungen bei der Abstimmung mißachtet. Des weiteren soll die Befugnis eines Aktionärs, seinen Aktienbesitz zu veräußern, nicht länger als fünf Jahre ausgeschlossen sein dürfen.

Mitglieder der Verwaltung zur Rechenschaft zu ziehen und auf Leistung von Schadensersatz zu verklagen ⁴²⁵⁾.

6. Deutschland.

In der Ausübung seines Stimmrechts ist jeder Aktionär grundsätzlich frei.

Dennoch ist in der Praxis die freie Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre vielfach eingeschränkt ⁴²⁶⁾.

Die Stimmrechtsbindung ist allgemein anerkannt und findet ihre Schranken an den generellen Billigkeitsgrundsätzen ⁴²⁷⁾.

Die Fälle, in denen die Gesellschaftsatzung einschränkende Vorschriften über die Ausübung des Stimmrechts in der HV der Aktionäre enthält, sind selten.

Eine Bestimmung der Satzung, welche zum Beispiel vorsieht, daß dem Aufsichtsrat der AG in der ordentlichen HV grundsätzlich Entlastung zu erteilen sei, ist in dieser Form sicher nicht haltbar, weil sie die Aktionäre zur Ausübung ihres Stimmrechts in einer Weise zwingt, die gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen könnte.

Sehr viel häufiger sind in der Praxis die Stimmrechtsvereinbarungen. Es handelt sich dabei um Absprachen auf vertraglicher Basis, welche zwischen einzelnen Aktionären zu dem Zweck getroffen werden, die einheitliche Ausübung des Stimmrechts in der HV zu gewährleisten.

Wenn der Aktionär in der Ausübung seines Stimmrechts grundsätzlich nicht gebunden ist ⁴²⁸⁾, so muß es ihm

425) Vgl. Corte d'appello di VENEZIA, vom 2.X.1958, in Foro it., 1959 I 1950.

426) Siehe hierzu die eingehende Untersuchung von PETERS, in A c P, 156, 311/312.

427) Vgl. WÜRDINGER, aaO., § 13 IV 4, S. 76.

428) Vgl. hierzu die Regelung des § 101 VII AktG.

auch gestattet sein, sich mit Gleichgesinnten dahin zu einigen, daß zur Förderung gemeinsamer Interessen in der HV der Aktionäre einer bestimmten Auffassung der Vorzug gegeben werden soll.

Vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerichts 429) hat die vertraglichen Stimmrechtsbindungen zwischen Aktionären mit diesen Gründen anerkannt.

Die Zusammenschlüsse zwischen Aktionären, welche den Zweck der gemeinsamen Stimmausübung in der HV verfolgen, sind regelmäßig als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ausgestaltet. 430)

Ein Aktionär einer der an der Verschmelzung beteiligten AGen kann daher den Verschmelzungsbeschluß der HV nicht mit der Begründung anfechten, die erforderliche Mehrheit sei nur mit Hilfe eines Aktionärskonsortiums zustandegekommen.

Von allen Aktienrechten der EWG-Staaten erweist sich das deutsche gegenüber den Aktionärskonsortien am tolerantesten.

Nur wenn Stimmrechtsbindungen gegen die guten Sitten verstoßen oder sich nachweisen läßt, daß sie ausschließlich dem Zweck dienen, andere Aktionäre, die dem Konsortium nicht angehören, zu schädigen, kann ein Beschluß der HV mit Erfolg angefochten werden.

Derartige Fälle sind in der Praxis jedoch äußerst selten.

Nicht ganz so selten ist es, daß Aktionäre der Übertragenden AG den Verschmelzungsbeschluß mit der Begründung anfechten, das Umtauschverhältnis der Aktien sei dem wirklichen Wert der erbrachten Sacheinlage nicht angemessen.

429) In diesem Sinne: RGZ 131, 179, 183; RGZ 133, 90, 92 und RGZ 156, 129, 139.

430) Vgl. WÜRDINGER, aaO., § 13 IV 4, S. 76.

Für die Entscheidung über Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen ist nach herrschender Ansicht ⁴³¹⁾ nach Maßgabe des § 199 II AktG das Landgericht am Sitz der übertragenden Gesellschaft zuständig.

Zur Erhebung dieser Klagen sind nur diejenigen Aktionäre der aufnehmenden AG befugt, welche vor dem Eintritt der Fusionswirkungen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft waren. Das gleiche gilt für deren ehemalige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder ⁴³²⁾.

In den eingehenden Bestimmungen des § 118 AktG ist der Fall der Verschmelzung nicht ausdrücklich erwähnt. Wenn aber nicht nur Vorgänge, die mit der Gründung einer AG im Zusammenhang stehen, sondern auch ganz allgemein die Geschäftsführung einer Sonderprüfung unterzogen werden können, so müssen die Aktionäre auch bei der Verschmelzung von AGen berechtigt sein, von den Vorschriften der §§ 118 bis 121 Gebrauch zu machen.

Den Antrag auf Sonderprüfung kann nach § 118 II AktG nur eine Minderheit stellen, welche wenigstens über Anteile im Werte von 10 % des Grundkapitals der AG verfügt ⁴³³⁾.

Den Anteilseignern einer AG, welche die Verschmelzung ihrer Gesellschaft nicht billigen, stehen also verschiedene Wege offen, um eine ungerechtfertigte Beschneidung ihrer Rechte und Interessen zu verhindern.

431) v. GODIN-WILHELMI, aaO., § 246, Anm. 1;
BÖTTCHER-MEILICKE, § 246, Anm. 20

432) Vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 4 zu § 246.

433) Für Einzelheiten vgl. v. GODIN-WILHELMI, aaO., Kommentierung zu § 118 ff. AktG.

§ 13. DIE RECHTE DER ALLGEMEINEN GESELLSCHAFTS- GLÄUBIGER.

Vorbemerkung.

Neben den Aktionären sind es die Gläubiger der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, denen bei der Fusion eine Gefährdung ihrer Rechte droht.

Dies gilt in erster Linie für die Gläubiger derjenigen Gesellschaften, welche infolge der Verschmelzung untergehen.

In den Aktienrechten aller Mitgliedstaaten der EWG ist die Nachfolge der neuen oder aufnehmenden AG in die Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaften ein charakteristisches Merkmal des Fusionsbegriffs.

Von diesem Grundsatz weicht das holländische Aktienrecht allerdings insoweit ab, als es die Universalsukzession bei der Verschmelzung nicht zuläßt.

Die Gefahren für die Rechtstellung der Gesellschaftsgläubiger liegen bei der Verschmelzung in der damit verbundenen Schuldnersubstitution.

In den Rechten aller Länder des Gemeinsamen Marktes findet sich, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, der Grundsatz, der eine Abtretung von Schulden ohne die Genehmigung des betroffenen Gläubigers (cessation des dettes) verbietet.

Für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften ergibt sich hieraus ein Gegensatz zwischen der Unzulässigkeit der nicht genehmigten Schuldabtretung und der durch die Vermögensübertragung bedingten Gesamtrechtsnachfolge.

Mit Ausnahme Belgiens und Hollands haben die Aktienrechte in den übrigen Ländern des Gemeinsamen Marktes diesen Gegensatz so gelöst, daß das Verbot der Schuldabtretung in seiner Bedeutung hinter den praktischen Bedürfnissen, die eine Fusion von Aktiengesellschaften erfordert, zurücktritt.

Auf diese Weise ist die Durchführung der Fusion in der Praxis erheblich erleichtert.

Dennoch sind die Gesellschaftsgläubiger nicht schutzlos. Zwar können sie im allgemeinen eine Fusion nicht verhindern, es sind ihnen aber eine Reihe von Möglichkeiten eröffnet, auch bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften ihre Interessen in wirksamer Weise zu wahren.

I. Die Rechte der Gläubiger der Übertragenden Gesellschaften.

Die Frage, welche Rechte den Gläubigern der Übertragenden Gesellschaften zustehen, läßt verschiedene Antworten zu. Entscheidend ist, ob die Übertragende Gesellschaft ihre gesamten Aktiva und Passiva in die neue oder aufnehmende AG eingebracht hat oder ob die Sacheinlage nur aus den Aktiva der Übertragenden Gesellschaft besteht.

Nach französischem Recht muß darüber hinaus noch unterschieden werden, ob das Vermögen der Übertragenden Gesellschaft einen "fonds de commerce" enthält.

Außer den Aktiva und Passiva umfaßt der Begriff des "fonds de commerce" auch die ideellen und unwägbaren Elemente, welche den Geschäftswert eines Handelsgeschäftes mitbestimmen 434).

Einer S.A., deren Gesellschaftszweck nur in der Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen besteht, fehlt daher der "fonds de commerce".

Wenn eine solche Gesellschaft zum Zwecke der Fusion aufgelöst wird und in Liquidation geht, so beurteilt

434) HOUPIN, aaO., in Journ. Soc. 1933, art. 4063, p. 455 nennt als wesentliche Elemente des fonds de commerce: "clientèle, marques, brevets, droits aux baux, matériel, marchandise, organisation de vente". Ganz ähnlich RGZ, 167, 260, 262.

sich die Stellung ihrer Gläubiger nach der Art der Vermögensübertragung, ohne daß die besonderen Formvorschriften für die Übertragung eines "fonds de commerce" zu beachten wären.

Die verschiedenen Formen der Vermögensübertragung im Rahmen der Verschmelzung sind oben dargestellt worden. Bei einem "apport franc et quitte" verharret die übertragende Gesellschaft solange im Stadium der Liquidation bis ihre sämtlichen Verbindlichkeiten getilgt sind.

In diesem Fall können die Wirkungen der Verschmelzung also nicht eintreten, bevor die Ansprüche des letzten Gesellschaftsgläubigers befriedigt sind.

In gleicher Weise bleibt die übertragende Gesellschaft im Stadium der Liquidation, wenn sie zwar im voraus schon einen Teil ihrer Aktiva auf die neue oder aufnehmende S.A. übertragen hat, mit den ihr verbliebenen Vermögenswerten jedoch ihre Verbindlichkeiten selbst bereinigt.

Nach art. 1275 Code Civile ist eine Schuldnersubstitution ohne die Genehmigung des betroffenen Gläubigers unzulässig. Bei der Verschmelzung würde dies bedeuten, daß bei einer Übertragung der Aktiva und der Passiva jeder einzelne Gläubiger der übertragenden Gesellschaft seine Zustimmung geben müßte. Geschieht dies aber, so tritt die aufnehmende oder neue S.A. als Schuldnerin neben die aufgelöste Gesellschaft ⁴³⁵⁾.

Das bedeutet, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft einen klagbaren Anspruch auf Befriedigung ihrer Forderungen gegen die neue oder aufnehmende Gesellschaft haben.

Anders liegt der Fall, wenn die aufgelöste Gesellschaft, wie es weitaus am häufigsten ist, die Regelung ihrer

435) Vgl. statt aller BASTIAN, aaO., Fasc. 164³, n° 45, p. 9 mit ausführlichen Hinweisen.

Verbindlichkeiten der aufnehmenden oder neuen S.A. überlassen, also ihre gesamten Aktiva und Passiva übertragen hat.

Dies Verfahren hat den Vorteil, daß die Fusionswirkungen schneller eintreten. Da die neue oder aufnehmende S.A. infolge der Universalsukzession an die Stelle der übertragenden Gesellschaft tritt, muß von einer Schuldnersubstitution gesprochen werden ⁴³⁶⁾.

Die aufnehmende oder neue S.A. haftet nicht nur mit dem von der aufgelösten Gesellschaft übernommenen, sondern mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft.

Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können deren Verschmelzung nicht verhindern. Sie haben im Gegensatz zu den Aktionären kein Mitbestimmungsrecht und sind auch nicht wie die Inhaber von "parts de fondateur", die eine Sonderstellung einnehmen, oder wie die Obligatäre in einer "masse" organisiert. Das berechtigte Interesse der Forderungsgläubiger der erloschenen Gesellschaft an der Sicherung ihrer Forderungen und der Aufrechterhaltung der hierfür geleisteten Sicherheiten muß aber in irgendeiner Weise geschützt werden.

Die Forderungsgläubiger der übertragenden Gesellschaft können die Fusion anfechten, wenn sich zeigt, daß die Verschmelzung nur den Zweck haben sollte, die Gesellschaftsgläubiger zu benachteiligen.

Ein solcher Extremfall ist aber praktisch kaum vorstellbar ⁴³⁷⁾.

Solange die aufgelöste Gesellschaft noch nicht erloschen ist, haben ihre Gläubiger zur Sicherung ihrer Ansprüche ein Zugriffsrecht auf alle noch vorhandenen Vermögenswerte.

436) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n° 953, p.127: "Il n'est pas possible à une société de recevoir l'intégralité de l'actif d'une autre société sans devenir responsable de son passif, et c'est ce qui se produira, à plus forte raison, s'il l'apport comprend l'actif net de la société absorbée".

437) Es läge dann der klassische Anwendungsfall der "action paulienne" vor.

Es könnte zunächst scheinen, daß hierzu auch die von der neuen oder aufnehmenden S.A. an die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft übergebenen Aktien gehören. Eine solche Annahme wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn die aufgelöste Gesellschaft an diesen Aktien Eigentum erwürbe. Wie bereits ausgeführt, ist eine solche Konstruktion aber für das französische Recht zu verneinen, denn die Übertragende Gesellschaft wird bei der Fusion niemals - auch nicht vorübergehend - Aktionärin der neuen oder aufnehmenden S.A.

Nach dem Eintreten der Fusionswirkungen werden die Gläubiger der Übertragenden Gesellschaften "Konkurrenten" der Altgläubiger der aufnehmenden S.A.

Beide Arten von Gläubigern unterscheiden sich jedoch durch ein wesentliches Kriterium dann, wenn ihre Forderungen im Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht fällig waren ⁴³⁸⁾.

Die ehemaligen Gläubiger der erloschenen Gesellschaft werden so behandelt, wie im Fall der "disparition des sûretés", vorausgesetzt, daß zwischen ihnen und der erloschenen oder der aufnehmenden Gesellschaft keine besonderen Vereinbarungen bestehen ⁴³⁹⁾.

Die Anwendung des Grundsatzes der "disparition des sûretés" hat zur Folge, daß die Gläubiger, deren Forderungen noch nicht fällig sind, gemäß art. 1188 Code Civil dennoch ihre sofortige Befriedigung von der aufnehmenden oder neuen S.A. verlangen können.

Eine uneingeschränkte Anwendung dieses Prinzips müßte jedoch in sehr vielen Fällen zu unabsehbaren Folgen für den Bestand des aus der Verschmelzung hervorge-

438) Siehe auch HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 767, p. 894.

439) Da es in ihrem wohlverstandenen Interesse liegt, wird die aufnehmende oder neue S.A. versuchen, sich zumindest mit den Großgläubigern der übertragenden Gesellschaft zu arrangieren.

gangenen gesellschaftsrechtlichen Organismus führen 440).

Die aufnehmende oder neue S.A. hat daher die Möglichkeit, das zuständige Tribunal de Commerce 441) anzurufen, welches nach ordnungsgemäßer Prüfung feststellen kann, daß die für die Gläubiger der erloschenen Gesellschaft bestellten Sicherheiten in ihrem Bestand auch durch die Verschmelzung nicht beeinträchtigt sind und das Risiko der Gläubiger sich im Vergleich zu der Lage vor dem Eintritt der Fusionswirkungen nicht erhöht hat.

Die weitaus Überwiegende Mehrzahl der Fusionen vollzieht sich zwischen S.A., deren Gesellschaftsvermögen einen "fonds de commerce" umfaßt.

Wenn ein "fonds de commerce" Gegenstand der Sacheinlage bei einer S.A. ist, dann sind besondere Formvorschriften zu beachten.

Hierzu zählen vor allem die art. 3 und 7 des Gesetzes vom 15.III.1909, welche durch die Gesetze vom 11.III.1949 und 26.VII.1955 neu gefaßt wurden 442). Die Übertragung eines "fonds de commerce" durch eine S.A. auf eine andere im Rahmen einer Fusion muß den Gläubigern der Übertragenden Gesellschaft durch wenigstens zwei aufeinander folgende Anzeigen in einem "Journal d'Annonces Légales" und in dem "Bulletin officiel des ventes et cessions de fonds de commerce" bekanntgemacht werden.

Mit der Veröffentlichung der zweiten Anzeige beginnt eine zehntägige Frist zu laufen, innerhalb deren die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ihre Forderungen

440) Selbst eine solide fundierte Gesellschaft kann leicht in Schwierigkeiten geraten, wenn es sämtlichen Gläubigern der erloschenen Gesellschaft gestattet wäre, gleichzeitig ihre Forderungen geltend zu machen, ohne daß dies durch eine reale Verminderung der Sicherheiten gerechtfertigt wäre.

441) Vgl. hierzu grundlegend Cour de Cassation, vom 30.III.1892, in DALLOZ Périodique 1892, 1, 281.

442) Cour de PARIS, vom 17.VI.1930, in DALLOZ Jurisprudence, 1932, 2, 104 ist daher überholt.

nach Höhe, Fälligkeit und vereinbarten Zahlungsbedingungen bei der Geschäftsstelle des zuständigen Tribunal de Commerce anzumelden haben.

Über die Folgen einer Verabsäumung dieser Frist besteht dann keine Klarheit, wenn die aufgelöste Gesellschaft auf Grund des Fusionsvertrages die Regelung ihrer Verbindlichkeiten der aufnehmenden S.A. überlassen hat.

Ein Teil der Rechtslehre vertritt die Auffassung ⁴⁴³⁾, daß alle Ansprüche gegen die neue oder aufnehmende S.A. erlöschen, wenn die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft die Anmeldefrist nicht eingehalten haben.

Demzufolge wären die Gläubiger darauf angewiesen, sich an die aufgelöste Gesellschaft zu halten. Das ist aber nur solange sinnvoll, als die Fusionswirkungen noch nicht eingetreten sind, die aufgelöste Gesellschaft also noch besteht.

Infolge der Universalsukzession tritt die neue oder aufnehmende S.A. in alle Rechte und Pflichten der erloschenen Gesellschaft ein. Wenn deren Gläubiger infolgedessen Gläubiger der aufnehmenden oder neuen S.A. geworden sind, so ist nicht einzusehen, daß sie diese Position auf Grund eines formellen Verstoßes ersatzlos wieder verlieren sollen, zumal in derartigen Fällen auch eine Anfechtungsklage keinen Erfolg verspricht. Vielmehr ist deshalb der auch von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht ⁴⁴⁴⁾ der Vorzug zu geben. Diese verneint, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auf diese Weise ihre Rechte gegenüber der aufnehmenden oder neuen S.A. einbüßen.

Wollte man der zuerst genannten Auffassung folgen, so müßte man auch mit einer sehr schwerwiegenden Benach-

443) So HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome II, n^o 953, p. 126; neuerdings auch VASSEUR, aaO., p. 43.

444) Cour de PARIS, vom 2.VII.1958, unveröffentlicht, zitiert bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164~~2~~, n^o 56, p.11: "...que le créancier...conserve ses droits contre la société ayant pris la charge du passif... bien que ce créancier n'ait pas fait la déclaration de créance prévu par l'art 7 de la Loi 1909".

teilung dieser Gläubiger einverstanden sein, denn es dürfte zum Beispiel schon sehr fraglich sein, ob es bei komplizierten Geschäftsbeziehungen den Gläubigern überhaupt möglich ist, binnen zehn Tagen ihre Forderungen abschließend und detailliert zu beziffern. Wenn ihnen das nicht gelingt, müßten sie mit ihren Forderungen ausfallen. Eine derartige Konsequenz kann aber nicht rech- tens sein.

Hat die aufgelöste Gesellschaft sich die Regelung ihrer Verbindlichkeiten selbst vorbehalten, so bietet die rechtzeitige Anmeldung der Gläubigerforderungen den Vor- teil, daß die Gläubiger nunmehr nach Wahl bei der über- tragenden S.A. Befriedigung suchen können ⁴⁴⁵⁾.

Bei einem "apport mixte", das heißt, daß Aktiva und Passiva der Übertragenden Gesellschaft Gegenstand der Sacheinlage sind, können die Gläubiger gegen die Berei- nigung ihrer Forderungen durch die aufnehmende oder neue S.A. beim Tribunal de Commerce Protest einlegen. In diesem Fall hat eine Leistung, welche nicht von der aufgelösten Gesellschaft erbracht wird, diesen Gläubi- gern gegenüber keine befreiende Wirkung ⁴⁴⁶⁾.

Praktisch läßt sich ein derartiges Vorgehen nur denken, wenn ein Gläubiger besondere Interessen am Fortbestand seiner Rechtsbeziehungen zu der aufgelösten Gesellschaft nachweist und zugleich die Wirksamkeit der Verschmel- zung angefochten hat ⁴⁴⁷⁾.

Nach belgischem Recht haben die Gläubiger einer S.A. keine Möglichkeit, die Verschmelzung der Schuldnerge- sellschaft mit einer anderen S.A. zu verhindern.

445) Cour de PARIS, vom 17.VI.1930, in DALLOZ, Juris- prudence 1932, 2, 104.

446) Der dem § 267 BGB zugrundeliegende Rechtsgedanke besagt genau das Gegenteil; offenbar macht aber auch das französische Recht eine Ausnahme von den sonst geltenden allgemeinen Grundsätzen.

447) Siehe hierzu HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I, n° 776, p. 922/923.

Der Übergang des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft auf die neue oder aufnehmende S.A. vollzieht sich in der Form der "transmission a titre universel". Da das Vermögen aber auch Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft mitumfaßt, fragt es sich, ob die Gläubiger dieser Gesellschaft der Schuldnersubstitution zustimmen müssen.

Damit der Grundsatz der "cessation des dettes" nicht verletzt wird, kann jeder Gläubiger, soweit die Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft ihm gegenüber auf die neue oder aufnehmende S.A. übergehen sollen, widersprechen und die Ablösung seiner Verbindlichkeiten durch die Schuldnergesellschaft verlangen.

Theoretisch kann die strenge Anwendung dieses Grundsatzes die Realisierung der Fusion in Frage stellen. In der Praxis ist es allerdings ziemlich selten, daß ein Gläubiger auf der Ablösung seiner Forderungen durch die Schuldnergesellschaft besteht. In aller Regel bietet der aus der Fusion hervorgehende gesellschaftsrechtliche Organismus in wirtschaftlicher Hinsicht eine ausreichende Gewähr für seine Bonität. Mit der Anfechtungsklage ist den Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit eröffnet, der Vermögensübertragung der Schuldnergesellschaft oder ihrer Auflösung wirksam zu begegnen. Damit ist ihnen ein unmittelbarer Einfluß auf die Durchführung der Fusion unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht.

Die "action paulienne" kann indessen nur Erfolg haben, wenn der Schuldnergesellschaft oder einem ihrer Organe Machtmißbrauch, verbunden mit der Absicht, durch die Verschmelzung die Gläubiger zu schädigen, oder Arglist nachgewiesen werden kann ⁴⁴⁸⁾.

Darüber hinaus liefert auch der im Zusammenhang mit der Rechtstellung der Obligationäre zu erörternde Grundsatz der "disparition des sûretés" den allgemeinen Forderungsgläubigern einen Anfechtungsgrund.

448) Vgl. hierzu Cour de Cassation vom 8.V.1930, in Pasiorisie Belge 1930 I 202.

Wenn die aufnehmende S.A. bei der Verschmelzung derartig verschuldet ist, daß ihre Passiva die Aktiva weit übersteigen, können die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft die Vermögensübertragung mit der Begründung anfechten, die für ihre Forderung gegen die übertragende Gesellschaft bestellten Sicherheiten würden durch die Verschmelzung so stark verringert, daß ein Verlust unvermeidlich sei.

Ein solcher Fall kann schon deshalb leicht eintreten, weil nach der Vermögensübertragung durch die aufgelöste Gesellschaft deren Aktiva auch den Gläubigern der aufnehmenden S.A. als Haftungsmasse dienen.

Dringt die Anfechtungsklage eines Gläubigers einer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften durch, so wird die angegriffene Maßnahme, zumeist die Vermögensübertragung, vom Tribunal de Commerce mit der Maßgabe für nichtig erklärt, daß der frühere Zustand wieder herzustellen ist.

Ganz abgesehen von wirtschaftlichen Aspekten ist es vielfach auch rechtlich nicht mehr möglich, den vor der Verschmelzung herrschenden Zustand wieder herzustellen, nämlich immer dann, wenn Dritte auf Grund der Vermögensübertragung gutgläubig Rechte erworben haben. Der Gutgläubensschutz erweist sich gegenüber dem Gläubigerschutz als stärker, und die geschädigten Gläubiger sind auf die Schadensersatzansprüche gegen die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft oder gegen die Verwaltung der aufnehmenden S.A. verwiesen. Die Schadensersatzansprüche verjähren nach Ablauf von fünf Jahren, nachdem die Beendigung der Liquidation der aufgelösten Gesellschaft bekanntgemacht worden ist ⁴⁴⁹⁾.

Da sich die aufgelöste Gesellschaft im Stadium der Liquidation befindet, gilt das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger ⁴⁵⁰⁾.

449) Vgl. Cour de Cassation, vom 22.III.1962, in Rev. crit. jur. belge 1963, p. 42.

450) Cour de Cassation, vom 23.XI.1939, in Pasirisie Belge 1939 I 486.

Dies Prinzip hat auch für diejenigen Forderungsgläubiger (*créanciers chirographaires*) Gültigkeit, deren Forderungen erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig werden.

Diese Gläubiger können nach der gerichtlichen Feststellung ihrer Forderungen die Vollstreckung in das Vermögen der aufgelösten Schuldnergesellschaft betreiben ⁴⁵¹⁾, wenn sie nicht anderweit befriedigt werden.

Im Hinblick auf die für die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft bestimmten Aktien der neuen oder aufzunehmenden S.A., die sich in den Händen der Liquidatoren der übertragenden Gesellschaft befinden, muß das Gleiche gelten wie für das französische Recht. Diese Aktien können den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft schon darum nicht als Haftungsmasse dienen, weil sie nicht Eigentum der Schuldnergesellschaft werden. Eine derartige Sicherung erscheint auch keineswegs erforderlich, denn mit dem Eintritt der Fusionswirkungen schuldet und haftet die neue oder aufzunehmende S.A. den Gläubigern der übertragenden Gesellschaften in vollem Umfang und unbeschränkt.

Wenn einzelnen Gläubigern der übertragenden Gesellschaft im Verlauf der Liquidation Nachteile entstanden sind, so haften nach der Beendigung der Abwicklung die Liquidatoren der übertragenden Gesellschaft auf Schadenersatz.

Es geschieht häufig, daß die aufgelöste Gesellschaft nicht in genügendem Maße über flüssige Mittel verfügt, um alle ihre Gläubiger gleichzeitig zu befriedigen, wenn sie in das Stadium der Liquidation eintritt. Abgesehen von speziellen Vereinbarungen mit einzelnen Gläubigern gilt der Grundsatz, daß die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft allen Gläubigern die gleichen Quoten auf

451) Siehe auch Tribunal Commercial de BRUXELLES, vom 31.X.1952, in *Rev. prat. soc.* 1954, p. 44.

ihre Forderungen anbieten ⁴⁵²⁾.

Wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger insoweit nicht eingehalten wird, kann jeder Gläubiger die Eröffnung des Konkurses über die aufgelöste Gesellschaft beantragen.

An einem solchen Vorgehen kann jedoch allen an der Verschmelzung Interessierten nichts gelegen sein, so daß in der Praxis eine möglichst schnelle Tilgung der Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft angestrebt wird.

Die einzelnen Möglichkeiten der Gläubiger, sich bei der Verschmelzung vor einer Benachteiligung zu schützen, sind vornehmlich von der Rechtsprechung aufgezeigt worden. Der Leitgedanke war hierbei immer der, daß die Gläubiger einer S.A. infolge der Verschmelzung nicht schlechtergestellt werden dürfen, als sie vorher gestanden haben.

Die Rechte der allgemeinen Forderungsgläubiger von S.A. hat der luxemburgische Gesetzgeber nicht besonders geregelt.

Vielmehr ist in Luxemburg die Regelung des belgischen Aktienrechts übernommen worden, so daß es an dieser Stelle einer Erörterung der rechtlichen Möglichkeiten nicht mehr bedarf, welche den Gläubigern zur Verfügung stehen, um sich gegen die mit einer Verschmelzung von S.A. verbundenen Gefahren wirksam zu schützen.

Da die Verschmelzung von "naamloze vennootschappen" gesetzlich nicht geregelt ist, fehlen naturgemäß auch besondere Vorschriften über den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bei der Fusion von N.V.

Ein Mitbestimmungsrecht der Gesellschaftsgläubiger bei der Auflösung einer N.V. kennt das holländische Recht nicht.

452) Vgl. auch hierzu Cour de Cassation, vom 23.XI.1939 in Pasirisie Belge 1939 I 486.

Wenn die HV der Aktionäre die Auflösung einer N.V. beschlossen hat, um deren Vermögen zum Zwecke der Verschmelzung auf eine neue oder aufnehmende N.V. übertragen zu können, so schließt sich an die Auflösung der Gesellschaft notwendigerweise ihre Liquidation an.

Neben der Befugnis, den Beschluß der HV der Aktionäre über die Auflösung der übertragenden Gesellschaft gemäß art. 46 a I WvK anzufechten, haben die Gesellschaftsgläubiger aber auch nach art. 56 a und art. 56 b WvK die rechtliche Möglichkeit, die Amtsführung der Liquidatoren gerichtlich überprüfen zu lassen⁴⁵³⁾. Voraussetzung für eine derartige Überprüfung ist, daß durch das Verhalten der Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft einzelne Gläubiger geschädigt worden sind. Zur Sicherung derartiger Ansprüche, die auf Schadensersatz gerichtet sind, kann das Gericht auf Antrag geeignete Maßnahmen treffen, e.g. die Hinterlegung eines bestimmten Geldbetrages anordnen.

Weit bedeutsamer ist aber die Tatsache, daß das holländische Aktienrecht keine Ausnahme von dem Verbot kennt, Verbindlichkeiten ohne die Zustimmung der Gläubiger wirksam zu übertragen⁴⁵⁴⁾.

Durch die Unnachgiebigkeit, mit der an diesem Prinzip festgehalten wird, soll verhindert werden, daß sich das Risiko der Gesellschaftsgläubiger infolge der Verschmelzung der Schuldnergengesellschaft vergrößert.

Wäre eine Schuldübernahme bei der Verschmelzung von N.V. auch gegen den Willen der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zulässig, so würden diese insofern ein höheres Risiko eingehen, als sie nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung mit den Gläubigern der aufnehmenden oder neuen N.V. konkurrieren müßten.

453) Vgl. FREDERICQ, op. cit., tome VI, n° 930, p. 1342.

454) Siehe auch VAN OVEN und VAN LEEUWE, op. cit., p. 110.

Es ist zuzugeben, daß darin eine Gefährdung der Gläubigerrechte liegen kann, jedenfalls dann, wenn die aufnehmende N.V. im Zeitpunkt der Verschmelzung stark verschuldet ist.

Derartige Fälle sind aber in der Praxis nicht sehr zahlreich, denn auch die Aktionäre der Übertragenden Gesellschaft, in deren Händen die Entscheidung über die Verschmelzung regelmäßig liegt, haben ein Interesse daran, eine Verminderung ihrer Rechte oder Gewinnaussichten zu verhindern.

Daher erscheint das starre Festhalten an diesem Grundsatz nicht ganz durch die tatsächlichen Gegebenheiten gerechtfertigt, denn die wirtschaftlichen Bedürfnisse, welche bei der Verschmelzung von N.V. auftreten, bleiben unberücksichtigt.

Noch nicht fällige Forderungen gegenüber der übertragenden Gesellschaft werden auch nicht durch die Auflösung dieser N.V. realisierbar ⁴⁵⁵⁾.

Eine vergleichbare Regelung wie die des art. 1188 Code Civil in Frankreich erscheint schon deshalb überflüssig, weil die Fusionswirkungen nicht eintreten können, solange die Liquidation der aufgelösten Gesellschaft nicht beendet ist.

Die Liquidation einer N.V. kann jedoch erst abgeschlossen werden, wenn die Ansprüche der Gläubiger gegen die aufgelöste Gesellschaft befriedigt sind, es sei denn, daß sie auf Grund einer besonderen Vereinbarung dem Übergang der Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft auf die neue oder aufnehmende N.V. zugestimmt haben.

Eine derartige Einigung mit den Gläubigern der Übertragenden Gesellschaft empfiehlt sich schon darum, weil sich sonst die Durchführung der Verschmelzung beträchtlich verzögern könnte.

455) Vgl. VAN OMMESLAGHE, op. cit., n^o 145, p. 250.

Es kann den Gläubigern einer S.p.A. nach italienischem Recht nicht gleichgültig sein, ob ihre Schuldnergesellschaft infolge einer Fusion zu existieren aufhört und eine andere S.p.A., von deren Bonität sich die Gläubiger nur geringe Vorstellungen machen können, an deren Stelle tritt.

Andererseits haben aber auch die Gläubiger der aufnehmenden S.p.A. ein Interesse daran, zu erfahren, wie die Vermögenslage der übertragenden Gesellschaft beschaffen ist, deren Gläubiger nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung mit ihnen konkurrieren.

Der italienische Gesetzgeber hat aus diesen Gründen den Gläubigern der an der Fusion beteiligten S.p.A. in art. 2503 Codice Civile einen besonderen Schutz gewährt.

Sobald die Beschlüsse der HV der Aktionäre aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften in die Unternehmensregister eingetragen und ordnungsgemäß bekanntgemacht worden sind ⁴⁵⁶⁾, beginnt eine Frist von drei Monaten zu laufen, bis zu deren Ablauf die Gläubiger der Verschmelzung widersprechen können.

Wenn ein Gläubiger sein Einverständnis mit der Fusion seiner Schuldnergesellschaft erklärt hat, ist das Widerspruchsrecht verwirkt ⁴⁵⁷⁾.

Der ordnungsgemäß eingelegte Widerspruch eines Gesellschaftsgläubigers hemmt die Durchführung der Verschmelzung ⁴⁵⁸⁾.

Der Widerspruch ist bei dem für den Sitz der Schuldnergesellschaft zuständigen Landgericht einzulegen. Das Gericht hat den Widerspruch nicht nur daraufhin zu prüfen, ob die angegriffene Entscheidung der S.p.A. rechtmäßig ist ⁴⁵⁹⁾, sondern auch unter den Gesichts-

456) Die Frist von drei Monaten beginnt nicht zu laufen, wenn die Bekanntmachung der Eintragung unterblieben ist. Vgl. FIORENTINO, aaO., p. 648.

457) Derselbe, aaO., p. 649.

458) MESSINEO, op. cit., vol. III, n° 16, p. 559.

459) FIORENTINO, aaO., p. 650.

punkten, nach welchen sich die für die widersprechenden Gläubiger ergebenden Gefahren beurteilen lassen ⁴⁶⁰⁾

Je nach dem Ergebnis seiner Prüfung entscheidet das Gericht, ob die Verschmelzung, ungeachtet des Widerspruchs einzelner Gläubiger, durchgeführt werden darf. Diese Möglichkeit, die art. 2503 III Codice Civile ausdrücklich vorsieht, kommt den Bedürfnissen der Praxis sehr entgegen ⁴⁶¹⁾.

Die hemmende Wirkung des Widerspruchs kann anderenfalls nur dann aufgehoben werden, wenn die Schuldnergesellschaft ihre Verpflichtung gegenüber dem widersprechenden Gläubiger in voller Höhe getilgt oder den erforderlichen Geldbetrag hinterlegt hat.

Die Beseitigung der hemmenden Folgen eines Widerspruchs durch die Gesellschaftsgläubiger ist daher in erster Linie eine Frage der Liquidität der Schuldnergesellschaft.

Aus art. 2503 III Codice Civile ergibt sich weiter, daß Forderungen, die bei Einlegung des Widerspruchs noch nicht fällig waren, auf Antrag durch das Gericht für fällig erklärt werden können.

Mit dem Ablauf der dreimonatigen Frist erlischt das Widerspruchsrecht. Sind die Widersprüche beseitigt, dann kann die Verschmelzung durchgeführt werden. Damit werden die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft Gläubiger der aufnehmenden S.p.A.

Vor der Einführung des deutschen Aktiengesetzes von 1937 war der Gläubigerschutz bei der Verschmelzung in § 306 HGB eingehend geregelt ⁴⁶²⁾.

460) Das setzt eine eingehende Prüfung der Vermögenslage der beteiligten Gesellschaften voraus.

461) Auf diese Weise lassen sich ungebührliche Verzögerungen bei der Durchführung der Fusion vermeiden.

462) Ausführlich hierzu SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 zu § 241.

Der Gesetzgeber von 1937 hat sich mit einer weniger umfassenden Regelung begnügt und durch die Aufhebung der Vermögenstrennung sowie die Abschaffung des Sperrjahres auch in größerem Maße die Interessen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften berücksichtigt 463)

Ein unmittelbarer Einfluß auf die Verschmelzung und ihre Durchführung kommt den Gesellschaftsgläubigern nicht zu.

Der in § 241 I AktG normierte Grundsatz, welcher den Schutz der Gläubiger der Übertragenden Gesellschaft zum Gegenstand hat, sieht das Recht vor, daß die Leistung einer Sicherheit verlangt werden kann, wenn die gegen die Übertragende Gesellschaft bestehenden Forderungen im Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht realisierbar sind.

Die Vorschrift, welche sich mit § 7 des Umwandlungsgesetzes vom 12.XI.1956 deckt, ist dem § 178 I AktG nachgebildet, der bei der Kapitalherabsetzung Anwendung findet.

Der Schutz des § 241 AktG erstreckt sich grundsätzlich auf alle Gläubiger der Übertragenden Gesellschaft, soweit nicht dingliche Ansprüche geltend gemacht werden oder § 241 II AktG eingreift.

Nur solche Gesellschaftsgläubiger sollen in den Genuß einer Sicherheitsleistung für ihre Forderungen kommen, die nicht schon anderweitig geschützt sind 464).

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 241 I AktG ist, daß gegen die Übertragende Gesellschaft im Zeitpunkt der Verschmelzung eine Forderung besteht, welche aber noch nicht erfüllt werden kann, weil sie e.g. noch nicht fällig oder bestritten ist.

463) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 10 zu § 241.

464) Vgl. BÖTTCHER-MEILICKE, § 7 UmwG, Anm. 13;
SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 18 zu § 241.

Forderungen, welche beim Eintritt der Fusionswirkungen uneingeschränkt geltend gemacht werden können, weil weder Einreden noch Einwendungen gegen sie bestehen, gewähren keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung.

Aufschiebend bedingte Forderungen gehören nicht hierher, denn im Zeitpunkt der Verschmelzung ist die Bedingung noch nicht eingetreten und die Forderung deshalb auch noch nicht entstanden ⁴⁶⁵⁾.

Die Sicherheitsleistung hängt indessen noch von einer weiteren Voraussetzung ab, denn § 241 I AktG sieht eine Frist von sechs Monaten vor, binnen deren die Gläubiger der erloschenen Gesellschaft ihre Forderungen bei der neuen oder aufnehmenden AG anmelden müssen. Die Frist beginnt mit der Bekanntmachung der Eintragung der Fusion in das Handelsregister am Sitz der Übertragenden Gesellschaft zu laufen ⁴⁶⁶⁾.

In der Bekanntmachung muß der Hinweis an die Gesellschaftsgläubiger enthalten sein, daß die Anmeldung der Forderungen nur innerhalb der sechsmonatigen Frist möglich ist. Ebenso wie die zu sichernde Forderung ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 241 I AktG gegen die neue oder aufnehmende AG gerichtet.

Da die Frist des § 241 I AktG eine Ausschlußfrist ist ⁴⁶⁷⁾, erlischt der Anspruch eines Forderungsgläubigers auf die Bestellung einer Sicherheit, wenn die Forderung nicht rechtzeitig angemeldet worden ist.

Die Verpflichtung der aufnehmenden AG selbst, die Forderung zu berichtigen, wird durch die Versäumung der

465) So auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 4 zu § 241. BÖTTCHER-MEILICKE, § 7 UmwG, Anm. 7 und BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 B zu § 178 gehen auf diese Frage nicht näher ein, sondern wenden § 241 I AktG auch auf bedingte Forderungen an.

466) BÖTTCHER-MEILICKE, § 7 UmwG, Anm. 8.

467) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 1 zu § 241; SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 14 zu § 241.

Anmeldefrist ebensowenig berührt, wie der Bestand der Forderung durch den Vermögensübergang im Wege der Universal sukzession.

Für die Form der Sicherheitsleistung ist § 232 BGB maßgebend. Die Sicherheit muß so bemessen sein, daß sie nach den Anschauungen eines gewissenhaften und sorgfältigen Geschäftsmannes zur Deckung der Verbindlichkeit ausreicht ⁴⁶⁸⁾.

Unabhängig von dem Anspruch auf Leistung einer Sicherheit für noch nicht realisierbare Forderungen sieht § 243 AktG noch eine spezielle ⁴⁶⁹⁾ Anspruchsgrundlage für Gläubiger und Aktionäre vor, denen durch die Verschmelzung Nachteile entstanden sind. Die Organmitglieder haften gesamtschuldnerisch ⁴⁷⁰⁾, soweit sie sich nicht exkulpieren können, für die Schäden, welche durch Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt beim Abschluß des Verschmelzungsvertrages und bei der Prüfung der Vermögenslage entstanden sind ⁴⁷¹⁾.

Die Haftung erstreckt sich auf Vorsatz und Fahrlässigkeit in jeder Form. Gegenüber den allgemeinen Haftungsgrundsätzen ist diese Haftung aus Gründen des Gläubigerschutzes verschärft ⁴⁷²⁾.

468) So SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 241.

469) Die allgemeinen Grundsätze über die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach §§ 84, 99 AktG sind offensichtlich für den Fall der Verschmelzung als nicht ausreichend erachtet worden. Dieser Schluß folgt schon aus der Fassung des § 245 I AktG. Näheres hierzu bei SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 1 - 4, zu § 243.

470) v. GODIN-WILHELMI, aaO., § 243, Anm. 4.

471) Wenn e.g. bei der Vermögensbewertung der übertragenden AG die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft nicht berücksichtigt worden ist und daher das Umtauschverhältnis nicht dem wirklichen Wert entspricht.

472) Vgl. auch SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 7 zu § 243.

In § 243 II AktG wird das Fortbestehen der Übertragenden Gesellschaft, trotz des Eintritts der Fusionswirkung, im Hinblick auf alle Ansprüche fingiert, welche sich für oder gegen die Gesellschaft ergeben. Gemäß § 243 III AktG verjähren diese Ansprüche nach Ablauf von fünf Jahren seit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister am Sitz der Übertragenden Gesellschaft.

Die Durchsetzung der Schadensersatzforderungen ist in § 244 AktG geregelt.

Dabei ist hervorzuheben, daß die Vorschrift eine gesetzliche Prozeßstandschaft für einen besonderen Vertreter vorsieht, der allein befugt ist, die Ansprüche aus § 243 I AktG für die Gläubiger und die Aktionäre geltend zu machen.

Die Schadensersatzansprüche von Gläubigern oder Aktionären gegen Organmitglieder der aufnehmenden AG unterliegen keinen besonderen Vorschriften.

Durch § 245 AktG ist klargestellt, daß in solchen Fällen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 84 und 99 AktG ⁴⁷³⁾ und des bürgerlichen Rechts uneingeschränkt anzuwenden sind.

Besonders für die Frage der Verjährung ⁴⁷⁴⁾ kann der Unterschied zwischen aktienrechtlichen und zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen bedeutsam werden.

II. Die Rechte der Gläubiger der aufnehmenden AG.

Besondere Schutzvorschriften für die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft bei der Verschmelzung sind den Aktienrechten der EWG-Mitgliedstaaten unbekannt. In den Gläubigern der Übertragenden Gesellschaften erwächst in-

473) Auch § 191 AktG gehört hierher. Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 1 zu § 245.

474) Eingehend SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 6 zu § 245.

folge der Fusion den Gläubigern der aufnehmenden AG eine Konkurrenz. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Vorgang indessen nicht als eine solche Gefährdung der Interessen der Gläubiger der aufnehmenden AG angesehen ⁴⁷⁵⁾, daß eine besondere gesetzliche Regelung erforderlich wäre.

In Italien genießen die allgemeinen Gesellschaftsgläubiger der Übertragenden und der aufnehmenden S.p.A. die gleichen Rechte.

Nach holländischem Recht stehen den Gläubigern der aufnehmenden N.V. die Anfechtungsmöglichkeiten aus art. 46 a I WvK zu. Eine weitergehende Befugnis, gegen die Verschmelzung anzugehen, besteht für diese Gläubiger nicht.

In Frankreich, Belgien und Luxemburg haftet die aufnehmende S.A. den alten wie den neuen Gläubigern mit dem gesamten Vermögen ⁴⁷⁶⁾, über das sie nach dem Eintreten der Fusionswirkungen verfügt.

Ist die Übertragende Gesellschaft überschuldet und besteht zugleich Anlaß zu der Besorgnis, daß die Bonität der aufnehmenden S.A. unter diesem Umstand erheblich leiden wird, so steht allen Personen, die vor Eintritt der Fusionswirkungen allgemeine Forderungsgläubiger der aufnehmenden Gesellschaft waren, ein Recht auf Anfechtung der Verschmelzung nach den allgemein geltenden Grundsätzen zu.

475) Kritisch hierzu v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 241, Anm.1.

476) Vgl. HAMEL et LAGARDE, op. cit., n^o 767, p. 894.

Siehe VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 858, p. 510. Die Cour de BRUXELLES, vom 3.X.1952, in Rev.prat. soc. 1956, p. 49 sieht in der Vermögensübertragung einen Vertrag zu Gunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, welcher es ihnen gestattet, bei der aufnehmenden S.A. Befriedigung zu suchen.

§ 14. DIE RECHTE DER BESONDEREN GESELLSCHAFTS- GLÄUBIGER.

I. Die Inhaber von Obligationen.

Obligationen sind besondere Schuldtitel, die in der Praxis meist auf den Inhaber lauten und Teilforderungen aus einer Anleihe darstellen, welche eine Aktiengesellschaft zur Beschaffung langfristiger Mittel am Kapitalmarkt aufnimmt.

Die Schuldverschreibungen werden nach Maßgabe der Emissionsbedingungen gesichert, verzinst und getilgt.

Das Recht der Schuldverschreibungen ist in Frankreich durch Décret-Loi vom 30.X.1935, in Belgien durch Gesetz vom 25.V.1913, in Luxemburg in den art. 79 bis 101 des Gesetzes vom 10.VIII.1915, in Italien ⁴⁷⁷⁾ in den art. 2410 bis 2420 Codice Civile und in Deutschland durch das Gesetz vom 4.XII.1899, in der Fassung des Gesetzes vom 20.VII.1933, normativ geregelt.

Auf eine vergleichbare Regelung hat lediglich das holländische Recht verzichtet. In art. 42 c WvK ist jedoch auf die "schuldbrieven" Bezug genommen.

In Frankreich, Belgien ⁴⁷⁸⁾ und Luxemburg ist die Rechtstellung der Obligationäre in mancher Hinsicht derjenigen der Aktionäre angenähert.

Desungeachtet sind die Inhaber von Schuldverschreibungen nach den Rechten aller EWG-Mitgliedstaaten lediglich Gesellschaftsgläubiger, wenn auch Gläubiger besonderer Art. Sie haben in erster Linie Rechte gegen

477) Vgl. MOSSA, "Obligazioni...", in Nuova Rivista di Diritto Commerciale... 1955, p. 77/78.

478) VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 506, p. 344 geht zwar nicht soweit, die Obligationäre als "associés" zu bezeichnen, hebt jedoch hervor, daß ihnen "droits dans la société" zustehen. An anderer Stelle (n^o 576, p. 379) befürwortet er die Einführung der französischen Regelung in Belgien.

die Schuldnergesellschaft, erst dann, und nur in besonderen Fällen, Rechte an der emittierenden Gesellschaft.

1. Frankreich.

Die Inhaber von Obligationen sind in einer "masse des obligataires" organisiert ⁴⁷⁹⁾, deren Aufgabe es ist, die Rechte der Obligationäre wahrzunehmen. Ihr Organ ist die "assemblée générale des obligataires".

Wenn verschiedene Kategorien von Obligationen bei einer S.A. existieren, so wird jede Gattung durch eine spezielle Generalversammlung vertreten.

Die Stellung der Obligationäre einer S.A., die sich zum Zweck der Fusion auflöst, regelt art. 20 des Décret-Loi vom 30.X.1935.

Da die Auflösung einer S.A. eine besonders einschneidende Form der Satzungsänderung darstellt, muß das Projekt der Verschmelzung zur Beschlußfassung der Generalversammlung der Obligationäre vorgelegt werden.

Der Beschluß einer zu diesem Zweck erstmals einberufenen Generalversammlung bedarf nach art. 22 und 23 des Décret-Loi vom 30.X.1935 bei einem Quorum von drei Vierteln der ausgegebenen Obligationen einer Mehrheit von zwei Dritteln der ordnungsgemäß vertretenen Stimmen.

Wenn die Inhaber von Schuldverschreibungen der geplanten Verschmelzung ihrer Schuldnergesellschaft zustimmen, dann sind auch diejenigen Obligationäre, welche in der Generalversammlung abwesend oder nicht vertreten waren, an den Beschluß gebunden. Gemäß art. 18 des Décret-Loi vom 30.X.1935 müssen sie in der Weise in die Ablö-

479) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I supplémentaire, p. 68: "La masse, entité juridique dont le rôle unique est le pouvoir à la défense des intérêts communs à la collectivité de ses membres, à l'exclusion des intérêts individuels d'un ou de quelques-uns d'entre eux, est donnée de la personnalité civile".

sung ihrer Rechte einwilligen, wie es im Fusionsvertrag vorgesehen ist ⁴⁸⁰⁾.

Für die Art der Ablösung sind verschiedene Möglichkeiten denkbar.

Da die aufnehmende oder neue S.A. im Wege der Universal-sukzession auch sämtliche Pflichten der aufgelösten Gesellschaft gegenüber ihren Obligationären übernimmt, bestehen die Schuldverschreibungen unverändert fort.

Sie werden daher so behandelt, als ob sie von der neuen oder aufnehmenden S.A. ausgegeben worden wären.

Der Fusionsvertrag kann aber auch vorsehen, daß die aufnehmende S.A. ihrerseits Obligationen begibt, welche in einem bestimmten Verhältnis gegen die Schuldverschreibungen der aufgelösten Gesellschaft umgetauscht werden. Desgleichen ist eine Abfindung der Obligationäre in Geld oder ein Umtausch ihrer Titel in Aktien der aufnehmenden oder neuen S.A. möglich.

Bei den beiden zuletzt genannten Formen der Ablösung sieht sich die aufnehmende S.A. häufig vor die Notwendigkeit gestellt, einen Teil oder ihre gesamten Reserven aufzulösen, um die Obligationäre der Übertragenden Gesellschaft "entschädigen" zu können.

Bei der Fusion durch Neugründung können die Inhaber von Schuldverschreibungen der aufgelösten Gesellschaft nicht Obligationäre der neuen S.A. werden, denn nach art. 2 alinéa 2 des Décret-Loi vom 30.X.1935 dürfen von einer S.A. Obligationen erst nach der Veröffentlichung ihrer ersten Jahresbilanz begeben werden.

Wenn die Generalversammlung der Obligationäre der Übertragenden Gesellschaft die "dissolution anticipée" ablehnt, so wird dadurch die Verschmelzung keineswegs verhindert, denn die Obligationäre haben in dieser Hinsicht kein Vetorecht.

480) Vgl. MARTIN, op. cit., p. 147; ähnlich auch Cour de Cassation, vom 10.III.1954, in DALLOZ, Jurisprudence 1954, p. 489.

Allerdings greift art. 20 alinéa 2 des Décret-Loi vom 30.X.1935 ein. Nach dieser Vorschrift sind die Inhaber von Schuldverschreibungen befugt, spätestens vor Ablauf von drei Monaten nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung von der Schuldnergesellschaft die Ablösung der Obligationen, unabhängig davon, ob diese bereits fällig sind, in bar zu verlangen ⁴⁸¹⁾.

Ebenso wie art. 1188 Code Civil liegt auch dem art. 20 alinéa 2 des Décret-Loi vom 30.X.1935 der Gedanke der "disparition des sûretés" zugrunde.

Es ist der Sinn dieser Regelung, eine Erhöhung des Risikos der Obligationäre infolge der Verschmelzung zu verhindern ⁴⁸²⁾. Andererseits kann ein derartiges Verfahren für die aufnehmende S.A. gefährliche Folgen haben ⁴⁸³⁾.

wenn die aufnehmende S.A. bereits vor der Verschmelzung erheblich verschuldet war, erscheint die Anwendung des Grundsatzes der "disparition des sûretés" gerechtfertigt.

Wird dieses Prinzip jedoch auch angewandt, ohne daß eine tatsächliche Gefährdung der Obligationäre durch eine Verminderung der vorhandenen Sicherheiten eingetreten ist, so kann gerade dadurch eine schwere Krise der aufnehmenden S.A. herbeigeführt werden.

Da die Obligationäre Gläubiger der S.A. sind, haben sie nach den allgemeinen Vorschriften die Möglichkeit, Maßnahmen der Gesellschaft, insbesondere HV-Beschlüsse der Aktionäre, mit der Anfechtungsklage anzugreifen. Sofern ein einzelner Obligationär mit einer derartigen Klage durchdringt, kann die Generalversammlung der Obligationäre unter gewissen Voraussetzungen durch Beschluß ver-

481) Das gilt auch für die Obligationäre, welche in der Generalversammlung der Verschmelzung zugestimmt haben, aber in der Minderheit geblieben sind. Vgl. auch MARTIN, op. cit., p. 148.

482) So HAMEL et LAGARDE, op. cit., n° 767, p. 894.

483) Vgl. hierzu BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n° 85, p.16.

hindern, daß ein Präjudiz geschaffen wird ⁴⁸⁴⁾. Soweit die Übertragende Gesellschaft im Zeitpunkt der Entscheidung eines Rechtstreites über die Ablösung noch nicht erloschen ist, haftet sie mit der aufnehmenden S.A. gesamtschuldnerisch für die Ansprüche der Obligationäre.

Die Inhaber von Schuldverschreibungen der aufnehmenden S.A. sind bei der Verschmelzung durch das Décret-Loi vom 30.X.1935 nicht besonders geschützt.

Wie alle Gesellschaftsgläubiger können sie die Verschmelzung unter den entsprechenden Voraussetzungen anfechten.

Das "droit de remboursement" des art. 20 alinéa 2 des Décret-Loi vom 30.X.1935 steht ihnen nicht zu.

2. Belgien.

Ebenso wie die übrigen Gesellschaftsgläubiger können auch die Inhaber von Schuldverschreibungen einer S.A., deren Verschmelzung mit einer anderen S.A. nicht verhindern, es sei denn, daß den Obligationären im Hinblick auf eine mögliche Fusion bereits in den Emissionsbedingungen ein besonderes Mitbestimmungsrecht eingeräumt worden wäre ⁴⁸⁵⁾.

484) Vgl. Cour de Cassation, vom 16.XII.1952, in J.C.P. 1953, n° 7787.

In diesem Fall hatte ein Obligationär gegen die Schuldnergesellschaft auf Ablösung seiner Schuldverschreibungen in einer bestimmten Währung geklagt und obsiegt. Die Generalversammlung hatte daraufhin beschlossen, daß eine derartige Verpflichtung der S.A. gegenüber den anderen Obligationären nicht bestehen solle. Dieser Beschluß wurde von der Cour de Cassation als zulässig angesehen.

485) Der "Commission Bancaire" hat der belgische Gesetzgeber bei der Ausgabe von Obligationen durch eine S.A. besondere Kontrollbefugnisse eingeräumt. Die Einzelheiten regeln die art. 84 bis 86 L.C. Vgl. hierzu VAN OMMESLAGHE, op. cit., n° 66, p.123.

Die mitgliedschaftsähnlichen Rechte der Obligationäre bestehen im wesentlichen darin, daß sie den Inhabern von Schuldverschreibungen einer S.A. den Zutritt zur HV der Aktionäre verschaffen. Die Inhaber von Schuldverschreibungen können gemäß art. 90 L.C. an der HV der Aktionäre nur mit beratender Stimme teilnehmen.

Das ihnen außerdem zugebilligte Auskunftsrecht gegenüber der Verwaltung der Gesellschaft ist praktisch ohne große Bedeutung.

Die Inhaber von Schuldverschreibungen sind in einer Generalversammlung, der "assemblée de la masse des obligataires" organisiert. Die art. 91, 92 und 96 L.C. enthalten genaue Bestimmungen über die Einberufung der Generalversammlung sowie über Quorum und Majorität. In art. 93 L.C. sind die Kompetenzen der Generalversammlung der Obligationäre aufgezählt.

Die Ersetzung der Obligationen durch Aktien der Schuldnergesellschaft ist nur mit Zustimmung der Inhaber der Schuldverschreibungen zulässig.

Ein solches Verfahren kann im Zusammenhang mit der Verschmelzung praktisch werden.

Wenn bei der übertragenden Gesellschaft Obligationen bestanden haben, so kann die aufnehmende S.A. in Höhe des gesamten Nennbetrages der Schuldverschreibungen, zuzüglich des Betrages der angefallenen Zinsen, Aktien ausgeben. Diese neu geschaffenen Kapitalanteile werden ausschließlich an die Obligationäre ausgegeben, welche als Gegenleistung die ihnen gegen die Schuldnergesellschaft zustehenden Forderungen in Gestalt von Sacheinlagen in die aufnehmende S.A. einbringen⁴⁸⁶⁾. Die ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschlüsse der Generalversammlung binden alle Inhaber von Schuldverschreibungen. Das gilt-

486) Vgl. Tribunal Commercial de LIÈGE, vom 4.1.1930, in Pasirisie Belge 1930 III 29.

auch für solche Obligationäre, die an der Generalversammlung nicht teilgenommen haben oder vertreten waren.

Durch das Erlöschen der Übertragenden Gesellschaft ergeben sich für deren Obligationäre verschiedene Möglichkeiten, sich vor Nachteilen zu schützen.

Da die aufnehmende S.A. an die Stelle der erloschenen Schuldnergesellschaft tritt, hängt es von der gemeinsamen Interessenlage und dem Einverständnis zwischen der aufnehmenden S.A. und den Obligationären der aufgelösten Gesellschaft ab, in welcher Weise die Schuldverschreibungen abgelöst werden.

Die Obligationer können nach der Verschmelzung unverändert bestehen bleiben und werden dann so behandelt, als ob sie von der aufnehmenden S.A. ausgegeben worden wären. Auch ein Umtausch in Obligationen der aufnehmenden S.A. ist möglich.

Eine Ablösung der Obligationen versucht man in der Regel zu vermeiden, da auch die aufnehmende S.A. großes Interesse daran haben kann, sich die in den Schuldverschreibungen verkörperten, langfristigen Kredite zu erhalten.

Die vorzeitige Tilgung von Schuldverschreibungen, welche einer Barabfindung gleichkommt, ist immer dann "ultima ratio", wenn ein Obligationär mit der im Fusionsvertrag vorgesehenen Ablösung seiner Rechte nicht einverstanden ist ⁴⁸⁷).

Die Voraussetzungen für eine Anfechtungsklage sind gegeben, wenn die Obligationäre eine Verminderung der für ihre Forderungen bestellten Sicherheiten durch die Verschmelzung oder sogar eine "disparition des sûretés" ernsthaft befürchten müssen.

487) So VAN RYN, op. cit., tome I, n^o 860, p. 512.
Er vertritt die Auffassung, daß auch die Obligationäre sich der Schuldübernahme in jedem einzelnen Fall erfolgreich widersetzen können.

Entscheidend ist allein die Vermögenslage derjenigen S.A., welche nach der Verschmelzung weiter besteht. Dies Prinzip gilt in gleicher Weise für die Inhaber von Schuldverschreibungen der Übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft. Die strengen Anforderungen, welche an die Voraussetzungen der "disparition des sûretés" gestellt werden, berücksichtigen die wirtschaftlichen Bedürfnisse, aus denen eine Verschmelzung von S.A. resultiert.

Es ist daher nicht einzusehen, warum man den Obligationären, deren einziges Interesse in der Erhaltung ihrer Sicherheiten und der fristgerechten Tilgung ihrer Forderungen liegen kann, erweiterte Anfechtungsrechte oder sogar ein Mitbestimmungsrecht bei der Fusion der Schuldnergesellschaft hätte zubilligen sollen.

3. Luxemburg.

Wie in Frankreich bilden auch nach luxemburgischem Recht die Obligationäre eine "masse", deren Organ die Generalversammlung ist. Sie ist nach den Grundsätzen organisiert, welche für die HV der Aktionäre gelten, und hat in Angelegenheiten der S.A., welche die Obligationen betreffen, in gewissem Umfang ein direktes Mitspracherecht⁴⁸⁸⁾.

Nach art. 38 des Gesetzes vom 10.VIII.1915 bedürfen die Beschlüsse der HV der Aktionäre über eine Änderung der Form oder des Zwecks der Gesellschaft zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung durch die Generalversammlung der Inhaber von Schuldverschreibungen.

Von diesem Ausnahmefall abgesehen, haben die Obligationäre bei Satzungsänderungen der Schuldnergesellschaft kein Mitspracherecht.

488) Siehe auch FREDERICQ, op. cit., tome VI, n^o 993, p. 1463 ff. und n^o 986, p. 1454/1455.

Wenn daher mit der Verschmelzung nicht zugleich die Änderung des "objet social" verbunden ist, besteht für die Obligationäre der aufgelösten Gesellschaft, ebenso wenig wie für die übrigen Gesellschaftsgläubiger, eine Möglichkeit, auf die Verschmelzung der Schuldnergesellschaft direkt Einfluß zu nehmen ⁴⁸⁹⁾.

Im Unterschied zum belgischen Recht hat der luxemburgische Gesetzgeber für den Fall der Verschmelzung von S.A. eine Sonderregelung geschaffen, die im Hinblick auf die Inhaber von Schuldverschreibungen der Übertragenden Gesellschaft den praktischen Bedürfnissen der fusionierenden S.A. sehr entgegenkommt.

Durch das Gesetz vom 20.VI.1930 wurde der art. 148bis dem Gesetz vom 10.VIII.1915 eingefügt. Diese Vorschrift gestattet es den Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft, die auf Grund der Verschmelzung von der neuen oder aufnehmenden S.A. gewährten Aktien an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft dem Umtauschverhältnis entsprechend auszugeben, ohne daß zuvor die Rechte der Obligationäre abgelöst werden müssen.

Zwar verstößt diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach gegen die Grundsätze der Liquidation. Nach den Regeln, welche für die Abwicklung einer S.A. gelten, müssen zunächst die Verbindlichkeiten getilgt sein, bevor die Aktionäre ihre Rechte geltend machen können.

Der luxemburgische Gesetzgeber hat aber offenbar angenommen, daß den Obligationären durch das in art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 geregelte Verfahren bei der Verschmelzung kein Schaden erwachsen könne ⁴⁹⁰⁾.

Durch die Verschmelzung werden die für die Obligationäre der aufgelösten Gesellschaft bestellten Sicherheiten in ihrem Bestand nicht berührt.

489) Vgl. oben § 5 II, 2, S. 80.

490) FREDERICQ, op. cit., tome VI, n^o 1004, p. 1483.

Die Tatsache, daß die Gesellschaftsgläubiger aller an der Fusion beteiligten S.A. nach der Verschmelzung zueinander in Konkurrenz treten, hat offenbar nicht dazu geführt, das Verfahren nach art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 bedenklich erscheinen zu lassen.

4. Holland.

Gemäß art. 45 a WvK können den Obligationären Sonderrechte, e.g. eine Beteiligung am Jahresgewinn der Gesellschaft, eingeräumt sein. Durch einfache Satzungsänderung können diese Sonderrechte nur im Einvernehmen mit den Obligationären geändert werden.

Es ist üblich, daß in den Bedingungen über die Ausgabe von Schuldverschreibungen eine Klausel enthalten ist, welche die Einsetzung eines besonderen Beauftragten vorsieht. Dieser Syndikus hat die Aufgabe, die Inhaber der Schuldverschreibungen gegenüber der Schuldnergesellschaft zu vertreten ⁴⁹¹⁾.

Er ist daher dafür verantwortlich, daß die Rechte der Obligationäre bei der Verschmelzung der Schuldnergesellschaft gewahrt werden.

Wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, haben die Obligationäre kein unmittelbares Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung.

Nach art. 50 c WvK kann ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates einer N.V. aus Personen bestehen, welche nicht Aktionäre der Gesellschaft sind. Wenn Obligationäre oder ihre Repräsentanten in den Verwaltungsrat der Schuldnergesellschaft berufen worden sind, so können die Inhaber von Schuldverschreibungen auf diese Weise Einfluß auf die Geschäftspolitik der N.V. und damit auch auf die einzelnen Bestimmungen des Verschmelzungs-

491) Siehe hierzu VAN OMMESLAGHE, op. cit., n^o 135, p. 238.

vertrages nehmen. Es handelt sich hierbei um eine bloße Möglichkeit, nicht aber um ein Recht der Obligationäre.

Hingegen haben die Inhaber von Schuldverschreibungen als Gesellschaftsgläubiger aus art. 56 a WvK das Recht, der Liquidation der Schuldnergesellschaft zu widersprechen.

Da die Obligationäre auch zu den in art. 46 a WvK erwähnten Drittinteressenten (deerde - belanhebbende) gehören, sind sie berechtigt, unter den entsprechenden Voraussetzungen die Beschlüsse der HV der Aktionäre wegen Formmangels anzufechten.

Darüber hinaus gestattet art. 54 WvK, daß das nach der Satzung sonst nur den Aktionären zustehende Recht auf Überprüfung der Geschäftsführung auch Nichtaktionären eingeräumt werden kann.

Sofern die aufnehmende N.V. Obligationen ausgegeben hat, können deren Inhaber die Verschmelzung und im Zusammenhang damit die eventuelle Kapitalerhöhung nur nach art. 46 a WvK mit der Anfechtungsklage angreifen.

5. Italien.

Die Inhaber von Obligationen einer S.p.A. bilden eine Interessengemeinschaft, die von einer Generalversammlung repräsentiert wird ⁴⁹²⁾.

Die in art. 2415 III Codice Civile normierten Mindestanfordernisse für die Einberufung und die Abstimmung in der Generalversammlung der Obligationäre können durch die Emissionsbedingungen verschärft, nicht aber gemildert werden ⁴⁹³⁾.

492) Näheres bei FERRARA, op. cit., n° 245, p. 497.

493) Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit wenigstens der absoluten Mehrheit der umlaufenden Obligationen. Vgl. im übrigen MOSSA, aaO., in Nuova Rivista di Diritto Commerciale... 1955, p. 80.

Die Generalversammlung der Obligationäre beauftragt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der Schuldnergesellschaft einen "rappresentante commune", der jederzeit abgewählt werden kann ⁴⁹⁴⁾.

Gemäß art. 2317 I Codice Civile darf dieser Beauftragte keinerlei sonstige Funktionen bei der Schuldnergesellschaft ausüben. Für Rechtstreite zwischen der S.p.A. und den Obligationären ist er nach art. 2318 II Codice Civile sachlegitimiert.

Änderungen der Emissionsbedingungen und alle sonstigen Fragen, die Gegenstand des gemeinsamen Interesses sind, unterliegen nach art. 2315 Codice Civile der Beschlußfassung durch die Generalversammlung der Obligationäre. Für die Anfechtung dieser Beschlüsse gilt art. 2377, auf den art. 2416 Codice Civile verweist.

Das Recht, im eigenen Namen die Anfechtungsklage zu erheben, bleibt jedem Obligationär unbenommen ⁴⁹⁵⁾.

Wenn die Übertragende Gesellschaft Schuldverschreibungen ausgegeben hat, so erhebt sich die Frage, ob durch das Erlöschen der Schuldnergesellschaft auf Grund der Fusion die Emissionsbedingungen der Obligationen geändert werden.

Wollte man diese Frage bejahen, dann könnte eine derartige Änderung nur mit Zustimmung der Generalversammlung der Obligationäre vorgenommen werden. Das würde aber im Ergebnis dazu führen, daß den Inhabern der Schuldverschreibungen der Übertragenden Gesellschaft ein Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung eingeräumt wäre.

Nach art. 2502 Codice Civile entscheiden über die Verschmelzung von S.p.A. ausschließlich die HV der Aktionäre der beteiligten Gesellschaften.

494) FRÉ, aaO., Einführung zu art. 2410 bis 2420 Codice Civile, p. 467.

495) Vgl. FERRARA, op. cit., n^o 249, p. 504.

Schon daraus ergibt sich, daß die Gesellschaftsgläubiger aller Kategorien keinen unmittelbaren Einfluß auf die Beschlußfassung über die Fusion geltend machen können. Darüber hinaus macht aber das Erlöschen der Schuldnergesellschaft auf Grund der Verschmelzung eine Änderung der Emissionsbedingungen der Obligationen nicht erforderlich. Infolge der durch die Fusion bedingten "successione a titolo universale" werden die Rechte der Obligationäre und die bei der Emission der Schuldverschreibungen bestellten Sicherheiten in ihrem Bestand nicht verändert.

Selbst wenn daher die Generalversammlung der Obligationäre durch einen Beschluß nach art. 2415 Codice Civile die Verschmelzung der Schuldnergesellschaft ablehnt, kann dadurch die Durchführung der Fusion nicht verhindert werden 496).

Da die Inhaber von Schuldverschreibungen der Übertragenen Gesellschaft deren Gläubiger sind, steht ihnen gemäß art. 2503 Codice Civile auch das Widerspruchsrecht zu.

Bis zur Entscheidung des Landgerichts hemmt der Widerspruch der Obligationäre die Durchführung der Fusion. Die Schuldnergesellschaft kann die hemmende Wirkung nur beseitigen, wenn sie die Forderungen der widersprechenden Obligationäre gemäß art. 2503 III und art. 2503 I Codice Civile ablöst.

Wenn eine gütliche Einigung zwischen der Schuldnergesellschaft und den widersprechenden Obligationären nicht erzielt werden kann, hat das Gericht nach eingehender Prüfung die Ablössungssumme festzusetzen.

496) MOSSA, aaO., in Nuova Rivista di Diritto Commerciale...1955, p. 82 gibt den Obligationären auch bei einer, nicht durch die Fusion bedingten Auflösung der Schuldnergesellschaft nur das Widerspruchsrecht aus art. 2503 Codice Civile.

Nur in Ausnahmefällen wird es im Interesse der an der Verschmelzung beteiligten S.p.A. liegen, die Gefahren hinzunehmen, welche mit der Verzögerung der Fusion durch den Widerspruch von Gesellschaftsgläubigern verbunden sein können.

In der Regel wird die aufnehmende S.p.A. versuchen, sich mit den Inhabern der Schuldverschreibungen der Übertragenden Gesellschaft zu arrangieren.

Das kann auch in der Weise geschehen, daß an die Stelle der Schuldverschreibungen der Übertragenden Gesellschaft solche der aufnehmenden S.p.A. oder auch Stammaktien dieser Gesellschaft treten, welche nach einem vorher festgelegten Umtauschverhältnis ausgegeben werden.

Die letztgenannte Methode empfiehlt sich besonders dann, wenn es sich bei den von der Übertragenden Gesellschaft ausgegebenen Obligationen um Wandelschuldverschreibungen handelt.

Das geeignete Verfahren für die Ablösung der Obligationen läßt sich nur nach den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles bestimmen.

Obwohl die Inhaber der Schuldverschreibungen aller an der Verschmelzung beteiligten S.p.A. kein direktes Mitspracherecht bei der Verschmelzung haben, sind sie durch art. 2503 Codice Civile und die allgemeinen Anfechtungsmöglichkeiten in ausreichendem Maße vor den mit der Verschmelzung möglicherweise verbundenen Risiken geschützt.

6. Deutschland.

Wenn die Schuldnergesellschaft infolge der Verschmelzung erlischt, so bestimmen sich die Rechte der Obligationäre nach den allgemeinen Grundsätzen des Gläubigerschutzes bei der Verschmelzung von AGen.

Sofern nicht der seltene Fall vorliegt, daß die Emissionsbedingungen spezielle Vorschriften im Hinblick auf

die Verschmelzung vorsehen, haben die Inhaber von Schuldverschreibungen kein Mitbestimmungsrecht. Auch nach dem Gesetz über die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen vom 4.XII. 1899, in der Fassung durch das Gesetz vom 20.VII.1933, ergibt sich dafür kein Hinweis.

Es ist in der Praxis kaum vorstellbar, daß die aufnehmende oder neue AG die Obligationen, welche bei der übertragenden Gesellschaft bestanden haben, in Geld ablöst. Sie hat daran auch normalerweise kein Interesse. Daher wird wohl in der Mehrzahl aller Fälle eine gütliche Einigung erzielt werden, wenn die Inhaber der Schuldverschreibungen mit der Art der Einschränkung oder der Ablösung ihrer Rechte nicht einverstanden sind.

Neben dem Recht auf Sicherheitsleistung nach § 241 I AktG sind die Obligationäre auch befugt, die Ansprüche aus den §§ 241 und 243 - 246 AktG geltend zu machen.

II. Die Inhaber von Vorzugsrechten.

Neben den Schuldverschreibungen kennen die Aktienrechte der Länder des Gemeinsamen Marktes noch eine weitere Kategorie besonderer Gesellschaftsgläubiger. Die Inhaber dieser Vorzugsrechte, denen in einigen Staaten auch gewisse mitgliedschaftsähnliche Rechte zustehen, spielen bei der Fusion von Aktiengesellschaften nach den einzelnen Rechten eine unterschiedliche Rolle.

1. Die Inhaber von "parts de fondateur".

Seit dem Erlaß des Gesetzes vom 23.I.1929 über die Rechtstellung der Inhaber von "parts de fondateur" läßt sich der Charakter dieser Rechte dergestalt bestimmen, daß sie etwa in der Mitte zwischen Aktienrechten und allgemeinen Forderungsrechten einzuordnen sind.

Die Inhaber der "parts de fondateur" sind keine Anteilseigner der S.A., sondern Gesellschaftsgläubiger, wenn auch Gläubiger besonderer Art.

Die von einer S.A. ausgegebenen "parts de fondateur" gewähren einen Anspruch auf eine bevorzugte, regelmäßig vor der Dividende auszuzahlende Beteiligung am Gewinn⁴⁹⁷⁾ oder auf einen Anteil am Liquidationserlös oder auf beides⁴⁹⁸⁾.

Eine Ähnlichkeit dieser Rechte mit denen der Aktionäre zeigt sich darin, daß die "porteurs des parts de fondateur" in einer "masse" organisiert sind, deren Organ die Generalversammlung ist⁴⁹⁹⁾.

Bei Satzungsänderungen der S.A. haben die Inhaber von "parts de fondateur" grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht. Von diesem Grundsatz sind durch art. 9 und 10 des Gesetzes vom 23.I.1929 Ausnahmen geschaffen⁵⁰⁰⁾, in welchen der Wechsel der Form oder des Gesellschaftszwecks durch die Satzungsänderung erreicht werden soll. Die Fusion ist in einem solchen Fall nur durchführbar, wenn die Generalversammlung der Inhaber von "parts de

497) Bei BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n^o 35, p. 9 findet sich für die Berechnung des Gewinnanteils der Inhaber von "parts de fondateur" der neuen S.A. folgendes Beispiel: Vermögen der Gesellschaft A = 60, das von B = 40; Gewinnbeteiligung bei A = 30%, bei B = 20 %. Auf das Kapital der neuen Gesellschaft C bezogen, ergibt sich: 18 % + 8 % = 26 % Gewinnbeteiligung oder Liquidationserlös für die "porteurs des parts de fondateur". Die Inhaber von Gründeranteilen der Gesellschaft A erhalten 9/13, der von B 4/13 der neuen "parts de fondateur".

498) Vgl. Cour de PARIS, vom 7.IV.1933, in Gaz.Pal.1933, 2, 141/142; HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I, n^o 545, p. 643 und MARTIN, op. cit., p. 106. Im übrigen ist die Ausgestaltung dieser Rechte der Satzung überlassen. Üblich ist eine Gewinnbeteiligung um 5 %.

499) Vgl. hierzu auch Cour de NÎMES, vom 8.VI.1960, in DALLOZ Jurisprudence 1961, p. 357.

500) Vgl. oben § 5 II, 1, S. 76/77.

fondateur" diesem Projekt mit der erforderlichen Mehrheit zustimmt 501).

Das Mitbestimmungsrecht steht dem der Aktionäre also insoweit gleich.

Vorbehaltlich besonderer Satzungsbestimmungen können die "porteurs des parts de fondateur" in allen übrigen Fällen eine Verschmelzung der Schuldnergesellschaft nicht verhindern.

Sie sind allerdings bei der "dissolution anticipée" der übertragenden S.A. berechtigt, die Ablösung ihrer Titel einschließlich der auf sie gegebenenfalls entfallenden Beteiligung am Liquidationserlös zu verlangen.

Bei der "liquidation sans partage" besteht aber der Liquidationserlös der übertragenden Gesellschaft in Aktien der neuen oder aufnehmenden S.A. Daher haben die Inhaber von "parts de fondateur" die Möglichkeit, infolge der Fusion Aktionäre der neuen oder aufnehmenden S.A. zu werden.

Das kann allerdings nur mit Zustimmung der Inhaber der "Gründeranteile" geschehen.

Ziehen es die Inhaber dieser Titel aber vor, sich auszahlen zu lassen, so werden die hierfür erforderlichen Mittel von der aufgelösten S.A. oftmals durch den Verkauf von Aktien der neuen oder aufnehmenden S.A. aufgebracht 502).

Die Modalitäten der Ablösung der "parts de fondateur" regelt der Fusionsvertrag. Er kann vorsehen, daß die aufnehmende oder neue S.A. ihrerseits derartige Zertifikate ausgibt, welche nach einem vertraglich festgelegten Um-

501) Die Bestimmungen über die Durchführung der Generalversammlung regelt art. 6 des Gesetzes vom 23.I.1929 in der Neufassung durch die Loi FERRI von 1953. Die Regelung deckt sich mit den für die HV der Aktionäre geltenden Bestimmungen weitgehend.

502) Vgl. Cour de BESANÇON, vom 10.VII.1933, in Gaz. Pal. 1933, 2, 844.

tauschverhältnis ausgetauscht werden. Das Recht auf "superdividende" darf jedoch proportional nicht niedriger als bei einer der fusionierenden Gesellschaften angesetzt werden ⁵⁰³⁾.

Ebensogut kann die aufnehmende S.A. den Inhabern von "parts de fondateur" der übertragenden Gesellschaft sonstige Vorteile einräumen, die über den Anteil am "boni de liquidation" hinausgehen ⁵⁰⁴⁾.

Wenn die aufnehmende S.A. auf Grund des Fusionsvertrages verpflichtet wird, eigene "parts de fondateur" auszugeben, so schafft sie damit, wirtschaftlich gesehen, Ballast ⁵⁰⁵⁾.

Die aufnehmende oder neue S.A. kann indessen zu einem solchen Verfahren gezwungen sein, wenn entweder ein Fall der art. 9 und 10 des Gesetzes vom 23.I.1929 vorliegt oder die Satzung der übertragenden Gesellschaft den Inhabern der "parts de fondateur" ein echtes Vetorecht bei der Verschmelzung eingeräumt hat.

Sofern die Generalversammlung der Inhaber von "parts de fondateur" die Verschmelzung ablehnt, obwohl die angebotene Ablösung durchaus angemessen ist, läßt sich diese Entscheidung unter dem Gesichtspunkt des "abus de droit" möglicherweise anfechten, weil auch für die Inhaber von "parts de fondateur" das Wohl der Gesellschaft oberstes Gesetz ist ⁵⁰⁶⁾.

Für die Inhaber von "parts de fondateur" ist in art. 10 des Gesetzes vom 23.I.1929 die Möglichkeit einer Schadensersatzklage vorgesehen. Solange die aufgelöste Gesellschaft noch nicht erloschen ist, wird die Klage gegen diese, später gegen die neue oder aufnehmende S.A. gerichtet.

503) Vgl. BASTIAN, aaO., Fasc. 164², n^{os} 34, 35 und 36, p. 9.

504) Vgl. Cour de Cassation, vom 12.II.1936, in Revue des Sociétés 1936, p. 66.

505) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I, n^o 569, p. 675 sprechen von "poids mort".

506) HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., tome I, n^o 568, p. 674.

Die Schadenersatzklage kann zulässigerweise nur durch einen besonderen Beauftragten der Generalversammlung der "porters des parts de fondateur" erhoben werden, nachdem diese der Fusion ihre Zustimmung versagt haben. Die Klage bietet nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die von der aufnehmenden oder neuen S.A. angebotene Ablösung der "parts de fondateur" in keinem Verhältnis zu ihrem wirklichen Wert steht 507).

2. Die Inhaber von "parts bénéficiaires".

Die Rechtsnatur der "parts bénéficiaires" ist im belgischen Recht umstritten.

Einige Autoren 508) wollen diese Titel den Aktien angenähert wissen. Eine auch in der Rechtsprechung 509) vertretene Ansicht spricht von den "parts bénéficiaires" als einer besonderen Art von Vorzugsaktien, und eine dritte Meinung vertritt den Standpunkt, es handle sich hierbei um eine spezielle Kategorie von Gläubigerrechten 510).

Unstreitig repräsentieren die "parts bénéficiaires" keine Kapitalanteile an einer S.A. und waren bisher auch regelmäßig nicht mit Stimmrechten ausgestattet 511).

Im übrigen läßt sich die Stellung der Inhaber von "parts bénéficiaires" abschließend nur nach der Regelung beurteilen, welche die Satzung der S.A. im Einzelfall vorsieht.

507) Siehe auch VAN OMMEFLAGHE, op. cit., n° 48, p. 92.

508) VAN RAN - VAN OMMEFLAGHE, Examen de la Jurisprudence 1956-1958, in Rev.crit.jur.belge 1962, p. 394: "Nous pensons qu'il faut leur (sc. porteurs) reconnaître la qualité d'associés et non celle des créanciers".

509) In diesem Sinne Tribunal Commercial de COURTRAI, vom 12.XII.1953, in Rev.prat.soc. 1957, p. 68.

510) So DEMEUR, Note, in Rev.prat.soc. 1957, p. 57; ebenso WAUWERMANS, op. cit., n° 198, p. 134.

511) Die Satzungen der S.A. sehen immer häufiger ein Mitbestimmungsrecht vor; so VAN RYN - VAN OMMEFLAGHE, aaO., in Rev.crit.jur.belge 1962, p. 394.

In einem Fall hat der Gesetzgeber jedoch zu Gunsten der "parts bénéficiaires" eine zwingende Regelung geschaffen.

Ungeachtet anders lautender Satzungsbestimmungen haben die Inhaber von "parts bénéficiaires" nach art. 70bis und art. 71 L.C. ein Mitbestimmungsrecht, wenn durch eine Satzungsänderung der Gesellschaftszweck oder die Vorzugsrechte der Inhaber von "parts bénéficiaires" geändert werden sollen.

Es muß daher eine Generalversammlung der Inhaber dieser Titel einberufen werden, die, ebenso wie die HV der Aktionäre, über die Satzungsänderung zu beschließen hat.

Jeder Inhaber einer "part bénéficiaire" hat wenigstens eine Stimme, doch darf nach art. 70 alinéa 4 L.C. in der HV der Aktionäre die Summe der stimmberechtigten "parts bénéficiaires" die Hälfte der durch die Aktien verbrieften Stimmen nicht übersteigen. Nach art. 71 L.C. muß das zur Beschlußfassung erforderliche Quorum wenigstens ein Drittel der ausgegebenen und umlaufenden "parts bénéficiaires" erreichen. Es genügt einfache Mehrheit.

Wird das gesetzliche Quorum in der ersten Generalversammlung nicht erreicht, so bedarf ein dennoch gefaßter Beschluß zu seiner Wirksamkeit der Bestätigung durch die für den Sitz der S.A. zuständige Cour d'appel.

Unter diesen Umständen können die Inhaber der "parts bénéficiaires" die Verschmelzung verhindern, wenn sie der vorzeitigen Auflösung der übertragenden Gesellschaft ihre Zustimmung versagen ⁵¹²⁾.

Andererseits darf die Satzung einer S.A. die "parts bénéficiaires" nicht zu "droits intangibles" erheben, damit ihre Aufhebung oder Umwandlung in Aktien der S.A. unter den besonderen Voraussetzungen des art. 71 L.C. durch eine Satzungsänderung möglich bleibt ⁵¹³⁾.

512) VAN RYN, op. cit., tome I, n° 847, p. 505.

513) VAN OMMEFLAGHE, op. cit., n° 65, p. 122.

Da die Auflösung der übertragenden Gesellschaft in jedem Fall die "droits respectifs des porteurs des parts bénéficiaires" berührt, haben die Inhaber dieser Titel insoweit ein gesetzliches Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung. Der ordnungsgemäß zustandegekommene Beschluß der "assemblée générale des porteurs des parts bénéficiaires" bindet auch diejenigen Mitglieder, welche überstimmt worden sind 514).

Die Inhaber der "parts bénéficiaires" werden in der Regel immer dann von ihrem Recht, die Verschmelzung zu verhindern, Gebrauch machen, wenn die Ablösung ihrer Titel durch die aufnehmende S.A. ihnen nicht angemessen erscheint.

Die Ablösung kann auf verschiedene Weise vor sich gehen.

Entweder die aufnehmende S.A. zahlt pro "part bénéficiaire" einen im Fusionsvertrag vereinbarten Betrag an die Inhaber dieser Titel und zieht die Urkunden ein. An die Stelle einer Barabfindung kann wie in Frankreich auch die Gewährung von Aktien treten.

Sehr viel seltener kommt es vor, daß die aufnehmende S.A. ihrerseits "parts bénéficiaires" ausgibt und sie gegen die entsprechenden Titel bei der aufgelösten Gesellschaft eintauscht. Das Umtauschverhältnis, das sich wie beim Umtausch der Aktien nach der Vermögensbewertung richtet, ist im Fusionsvertrag üblicherweise vereinbart.

Soll die Ablösung der "parts bénéficiaires" der übertragenden Gesellschaft in anderer Weise als in Geld erfolgen, so bedarf es in jedem Einzelfall der Zustimmung der Inhaber dieser Titel.

Wenn die Generalversammlung der Inhaber der "parts bénéficiaires" der Verschmelzung zugestimmt hat, kann kein Inhaber eines solchen Titels der Ablösung seiner Rechte durch eine Abfindung in Geld widersprechen.

514) Vgl. RENAULD, "Les fusions...", in "Colloques...", p. 58, der mit Recht ein "droit de retraite" ablehnt.

Hieran zeigt sich, daß die "porteurs des parts bénéficiaires" Gesellschaftsgläubiger sind und ihre Stellung eine andere als die der Anteilseigner ist.

Wenn bei der aufnehmenden S.A. schon vor der Verschmelzung "parts bénéficiaires" bestanden haben, so haben deren Inhaber regelmäßig kein direktes Einflußrecht auf die Fusion, es sei denn, die Satzung enthielte für diesen Fall besondere Bestimmungen. Eine Ausnahme gilt auch dann, wenn im Zusammenhang mit der Verschmelzung bei der aufnehmenden S.A. ein Anwendungsfall der art. 70bis oder 71 L.C. vorliegt.

Unabhängig von dem Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung steht den Inhabern von "parts bénéficiaires" die Möglichkeit offen, Beschlüsse ihrer Generalversammlung oder solche der HV der Aktionäre oder eine sonstige, mit der Verschmelzung zusammenhängende Maßnahme, ebenso wie die übrigen Gesellschaftsgläubiger, anzufechten.

Die Rechtstellung der Inhaber von "parts bénéficiaires" ist in Luxemburg die gleiche wie in Belgien. Die Inhaber der "parts bénéficiaires" haben daher auch ein Mitbestimmungsrecht bei der Fusion, doch ist dies ohne größere praktische Bedeutung, weil die "parts bénéficiaires" in Luxemburg nur noch sporadisch vorkommen.

3. Die Inhaber von "oprichtersbewijzen".

Unter der Bezeichnung "oprichtersbewijzen" oder "winstbewijzen" versteht das holländische Aktienrecht Schuldtitel, welche den französischen "parts de fondateur" oder den deutschen Genußrechten ähnlich sind.

Bei den "oprichtersbewijzen" handelt es sich zumeist um Inhaberpapiere ⁵¹⁵⁾.

515) Siehe hierzu VAN OMMESELAGHE, op. cit., n^o 135, p. 238.

Sie verkörpern keine Anteile am Gesellschaftskapital der N.V., sondern gewähren Vorzugsrechte auf den Gesellschaftsgewinn.

Die Ausgestaltung dieser Rechte ist weitgehend der Satzung überlassen. Den Inhabern der "oprichtersbewijzen" kann in der HV der Aktionäre Sitz und Stimme eingeräumt sein.

Andererseits läßt art. 45 a WvK Satzungsbestimmungen zu, nach denen die Rechte der Inhaber von "oprichtersbewijzen" auch gegen deren Willen durch die HV der Aktionäre geändert werden können.

Es hängt daher allein von der Satzung ab, ob die Inhaber von "oprichtersbewijzen" einen unmittelbaren Einfluß auf die Beschlußfassung der Aktionäre über die Verschmelzung ausüben können.

Wenn sich e.g. aus den Statuten der Übertragenden Gesellschaft ergibt, daß die Zustimmung der Inhaber von "oprichtersbewijzen" zur Beschränkung oder Aufhebung dieser Rechte erforderlich ist, so muß von einem Mitbestimmungsrecht bei der Verschmelzung gesprochen werden. Die Art und Weise, wie die von der Übertragenden Gesellschaft geschaffenen "winstbewijzen" abgelöst werden, kann in einem solchen Fall nur im Einvernehmen mit den Inhabern dieser Titel festgelegt werden.

Die Ablösung kann in Geld, durch Begebung von Aktien der aufnehmenden oder neuen N.V. oder durch die Emission von "oprichtersbewijzen" bei der aufnehmenden Gesellschaft erfolgen.

In einzelnen Fällen kann es empfehlenswert sein, daß die Übertragende Gesellschaft die von ihr geschaffenen "winstbewijzen" vor ihrer Auflösung durch Begebung eigener Aktien ablöst, damit die für die Annahme des Fusionsprojektes erforderliche Mehrheit in der HV der Aktionäre auf diese Weise gewährleistet ist.

Die allgemeinen Regeln über die Anfechtung von Maßnahmen der Schuldnergessellschaft finden auch auf die Inhaber von "oprichtersbewijzen" Anwendung.

4. Die Inhaber von "benefici riservati ai promotori".

Der art. 2340 Codice Civile geht davon aus, daß die "benefici" den Gründern (promotori) einer S.p.A. gewährt werden, die üblicherweise zugleich auch Aktionäre (soci) sind.

Die Satzung einer S.p.A. kann den Inhabern von "benefici riservati ai promotori" das Recht auf eine Vorzugsdividende einräumen, die jedoch 10 % des Nettojahresgewinnes ⁵¹⁶⁾ der S.p.A. nicht übersteigen darf. Die Existenz der "benefici riservati ai promotori" ist auf die Dauer von höchstens fünf Jahren nach Gründung der S.p.A. beschränkt ⁵¹⁷⁾.

Daher spielen die "benefici riservati ai promotori" bei der Verschmelzung von S.p.A. nur dann eine Rolle, wenn eine der beteiligten Gesellschaften im Zeitpunkt der Fusion noch nicht fünf Jahre bestanden hat.

Die Inhaber der "benefici riservati ai promotori" stellen eine besondere Kategorie von Gesellschaftsgläubigern dar. Sie sind als solche keine Anteilseigner der S.p.A. und können daher eine Verschmelzung ihrer Schuldnergesellschaft nicht unmittelbar beeinflussen.

Wie allen Gesellschaftsgläubigern stehen ihnen aber die allgemeinen Anfechtungsrechte und das Widerspruchsrecht des art. 2503 Codice Civile zu.

Da die übertragende Gesellschaft infolge der Verschmelzung untergeht, müssen die von ihr geschaffenen "benefici riservati ai promotori" von der aufnehmenden oder neuen S.p.A. abgelöst werden.

Über die Berechnung des Wertes, welcher der Ablösung zugrunde gelegt werden muß, ist dem Schrifttum, soweit es zugänglich war, nichts zu entnehmen.

516) FRE, aaO., Anm. zu art. 2340 Codice Civile, p. 112 definiert den Gewinn als "utili netti risultante di bilancio, fatta deduzione delle quote di riserva legale".

517) Satzungsbestimmungen, die eine längere Laufzeit vorsehen, sind insoweit nichtig. Vgl. FERRARA, op. cit., n° 16, p. 332.

Die Frage läßt sich wohl nur lösen, wenn man von einem Mittelwert des Gewinnes der Schuldnergesellschaft ausgeht, welcher in der Zeit von der Gründung der S.p.A. bis zu dem für die Fusionsbilanz maßgebenden Stichtag erzielt worden ist.

Angenommen, eine S.p.A., bei der "benefici riservati ai promotori" bestanden haben, hat von dem Tag ihrer Geschäftsaufnahme bis zu dem Zeitpunkt, auf den die Fusionsbilanz erstellt ist, drei Jahre existiert.

Würde sie auf Grund der Verschmelzung nicht erlöschen, so hätten die Inhaber der "benefici riservati ai promotori" das Recht, für die Dauer von noch höchstens zwei weiteren Jahren mit der in den Statuten der Gesellschaft festgelegten Vorzugsdividende bedient zu werden. Der an die Inhaber dieser Titel von der aufnehmenden oder neuen S.p.A. zu leistende Ablösungsbetrag muß demnach das Doppelte des für die vorangegangenen drei Jahre errechneten Mittelwertes vom Gewinn der übertragenden Gesellschaft ausmachen.

Im übrigen hängt die Art der Entschädigung der Inhaber von "benefici riservati ai promotori" der aufgelösten Gesellschaft von entsprechenden Satzungsbestimmungen oder den besonderen Vereinbarungen, welche der Fusionsvertrag vorsieht, ab.

Daher ist es auch möglich, die Inhaber der "benefici riservati ai promotori" durch die Zuteilung von Aktien an der aufnehmenden S.p.A. zu beteiligen.

Bei der Verschmelzung durch Neugründung kann die neue S.p.A. ihrerseits "benefici riservati ai promotori" schaffen, welche ausschließlich an Inhaber solcher Rechte bei den aufgelösten Gesellschaften ausgegeben werden.

5. Die Inhaber von Genußrechten.

Das deutsche Aktienrecht kennt die Genußrechte seit langem ⁵¹⁸⁾.

518) Zur geschichtlichen Entwicklung der Genußrechte vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 8 und Anm. 9 zu § 174.

Ihre Ausgestaltung ist im Aktiengesetz nicht geregelt, die §§ 128 II, Ziff. 5, und 174 III AktG nehmen lediglich auf die Genußrechte Bezug. Auch "de lege ferenda" dürfte sich nach der Fassung des § 210 II Reg.E. an dieser Haltung des Gesetzgebers nichts ändern.

Die Genußrechte gewähren ausschließlich Vermögens-, nicht aber Mitgliedschaftsrechte, so daß ihre Inhaber nicht mit den Aktionären einer AG auf die gleiche Stufe gestellt werden dürfen ⁵¹⁹⁾.

Ein Vergleich zwischen Genußrechten und stimmrechtslosen Vorzugsaktien ist allenfalls im Hinblick auf die wirtschaftliche Stellung gegenüber der Schuldnergesellschaft angebracht.

Der Begriff des Genußrechts ist juristisch nur schwer zu fassen ⁵²⁰⁾.

In jedem Fall sind Genußrechte reine Gläubigerrechte ⁵²¹⁾, die sehr häufig eine Beteiligung am Gewinn und vielfach auch am Abwicklungserlös der Gesellschaft gewähren ⁵²²⁾. Die Genußrechte können durch Genußscheine, die meist auf den Inhaber lauten, verbrieft sein.

Die Inhaber dieser Rechte können sich als Personengemeinschaft organisieren, deren Organ eine Generalversammlung ist, welche für alle Inhaber von Genußrechten verbindliche Beschlüsse faßt.

Soweit es sich nicht um die Neugründung einer AG handelt, können Genußrechte Nichtaktionären nur gewährt

519) Etwas mißverständlich insoweit v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 174, Anm. 9, die von einer Konkurrenzstellung zu den Aktionären sprechen.

520) Vgl. RGZ, 132, 199, 204.

521) So RGZ, 132, 199, 206; BAUMBACH-HUECK, Anm. 5 vor § 174; SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 174; v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 174, Anm. 9. Anderer Ansicht WÜRDINGER, aaO., § 15 II, 2 b, S.88.

522) WÜRDINGER, aaO., § 15 II, 2 c, S. 88; näheres bei SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 11 zu § 174.

werden, wenn zuvor gemäß § 174 III AktG das den Aktionären zustehende Bezugsrecht ausgeschlossen worden ist⁵²³⁾.

Befugnisse, wie sie sich für die Aktionäre aus den Mitgliedschaftsrechten gegenüber der AG ergeben, stehen den Inhabern von Genußrechten nicht zu.

Daher gehören sie auch nicht zu der Gruppe der nach § 198 AktG Anfechtungsberechtigten. Bei der Verschmelzung findet § 246 AktG auf die Inhaber von Genußrechten keine Anwendung⁵²⁴⁾.

Die Genußrechte werden durch Vertrag begründet. Daher kann die HV der Aktionäre eine Einschränkung oder Aufhebung dieser Rechte mit Wirkung gegen die Berechtigten nur beschließen, wenn ihr eine solche Befugnis vertraglich vorbehalten worden ist.

Als Gläubigerrechte gehen die Genußrechte infolge der Verschmelzung nicht unter⁵²⁵⁾, sondern im Wege der Universalsukzession auf die neue oder aufnehmende AG über.

Dennoch ist auf Grund der Verschmelzung häufig eine Änderung oder Ablösung der Genußrechte, die gegenüber der erloschenen Gesellschaft bestanden haben, erforderlich⁵²⁶⁾.

Die Einzelheiten dieses Vorganges lassen sich nur nach den vertraglichen Vereinbarungen des konkreten Falles beurteilen.

Zwar müssen die Inhaber der Genußrechte im allgemeinen die sich aus einer Verschmelzung für ihre Rechte ergebenden Folgen hinnehmen⁵²⁷⁾, doch findet diese Pflicht ihre Grenze an den Grundsätzen von Treu und Glauben.

523) § 153 AktG findet Anwendung; vgl. auch v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 174, Anm. 10.

524) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 5 A vor § 174.

525) Ausführlich v.GODIN-WILHELMI, aaO., § 174, Anm. 9.

526) SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 12 zu § 174.

527) So auch BGHZ, 28, 259, 277.

Wenn die von der übertragenden Gesellschaft geschaffenen Genußrechte nach der Verschmelzung bei der aufzunehmenden oder neuen AG nicht fortbestehen sollen, so kann diese die Inhaber der "alten" Genußrechte in Geld oder durch die Ausgabe von Aktien abfinden oder eigene Genußrechte schaffen.

Da die Inhaber der Genußrechte der übertragenden Gesellschaft deren Gläubiger sind, muß ihnen der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 241 I AktG jedenfalls dann zustehen, wenn eine Generalversammlung der Berechtigten gar nicht existiert oder aber die Verschmelzung abgelehnt hat.

Wenn die Verschmelzung von den Inhabern der Genußrechte auch nicht verhindert werden kann, so ist in diesem Fall die Durchführung der Fusion doch gemäß § 241 AktG bis zur Leistung einer Sicherheit aufgeschoben.

§ 15. SCHLUSSBETRACHTUNG.

Die vergleichende Darstellung des Systems der Verschmelzung von Aktiengesellschaften und der Stellung von Aktionären und Gläubigern bei der Fusion hat zweierlei gezeigt.

Es gibt grundlegende Wesensmerkmale, wie die Beendigung der Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft, die Beteiligung ihrer Aktionäre am Kapital der neuen oder aufnehmenden AG und die Einbringung des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft in Gestalt einer Sacheinlage. Sie alle sind dem Rechtsinstitut der Fusion in jedem Mitgliedsland des Gemeinsamen Marktes gemeinsam.

Andererseits bestehen in den nationalen Rechten aber auch erhebliche Unterschiede.

Das gilt einmal hinsichtlich der normativen Regelung der Verschmelzung, welche allein Deutschland und Italien aufzuweisen haben.

Dieser Unterschied ist in der praktischen Auswirkung bei der Durchführung der Fusion weniger gravierend als es zunächst scheinen könnte.

Gerade in Frankreich sind die Fusionen von Aktiengesellschaften weitaus am häufigsten, ohne daß die differenzierte Ausgestaltung, die Lehre und Rechtsprechung dem Verfahren bei der Fusion gegeben haben, durch eine gesetzliche Regelung ersetzt worden wäre.

Das treibende Element für die praktische Anwendung der Fusion ist in Frankreich die starke Begünstigung durch die Steuergesetzgebung.

In Deutschland und Italien fehlt eine solche Begünstigung, eine Verschmelzung ist nicht "attraktiv"⁵²⁸⁾ und deshalb hierzulande selten, obwohl das Aktiengesetz eine abschließende und bewährte Regelung der Verschmelzung enthält.

528) z.B. wegen der anfallenden Grunderwerbsteuer. Vgl. aber auch § 15 II Körperschaftsteuergesetz.

Mit Ausnahme des holländischen haben alle übrigen Aktienrechte das Prinzip der Universalsukzession bei der Verschmelzung anerkannt.

Das starre Festhalten an der Einzelrechtsnachfolge in Holland erschwert die Fusion von N.V. in der Praxis. Ein sehr viel stärkerer Nachteil des holländischen Aktienrechts liegt aber in dem zwingenden Gebot, auch bei der Verschmelzung eine förmliche Liquidation der übertragenden Gesellschaft durchführen zu müssen. Diese Regelung widerspricht in ihrem Kern den Erfordernissen der Verschmelzung.

Das beweist die ausnahmslos geübte Praxis, den Aktionären der übertragenden Gesellschaft den Liquidationserlös nicht in Form von Bargeld, sondern in Gestalt von Aktien der neuen oder aufnehmenden N.V. zu gewähren.

Endlich kann die strenge Beachtung der Liquidationsbestimmungen die übertragende N.V., bei einer entsprechenden Haltung der Gesellschaftsgläubiger, zwingen, deren Forderungen vor der Durchführung der Fusion voll befriedigen zu müssen.

In abgewandelter Form besteht diese Möglichkeit grundsätzlich auch nach französischem und belgischem Recht. Unter Berufung auf den Grundsatz der "disparition des sûretés" können in Frankreich sogar die Gläubiger noch nicht fälliger Forderungen vor der Durchführung der Fusion Leistung von der übertragenden S.A. verlangen. Diese Regelungen sind nur unter dem Aspekt verständlich, daß der Schutz der Gläubiger unbedingt vor der Praktikabilität der Verschmelzung den Vorrang haben soll.

Mit der Einführung des art. 148bis des Gesetzes vom 10.VIII.1915 hat der luxemburgische Gesetzgeber gezeigt, daß der Schutz der Gesellschaftsgläubiger (zumindest der Inhaber von Obligationen) auch anders gewährleistet und dennoch den praktischen Bedürfnissen bei einer Fusion Rechnung getragen werden kann.

Dies gilt in noch höherem Maße von der Regelung des deutschen Aktienrechts. Das Aktiengesetz von 1937 ist der Eigenart des Rechtsinstitutes der Verschmelzung sehr konsequent gerecht geworden, ohne daß der Schutz von Aktionären und Gläubigern in unzumutbarer Weise eingeschränkt worden wäre.

Durch das ausdrückliche Verbot der Liquidation bei der Verschmelzung ist den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft nicht nur jeder rechtliche, sondern auch ein tatsächlicher unmittelbarer Einfluß auf die Durchführung der Fusion genommen. Durch das Recht, Sicherheiten für ihre Ansprüche verlangen zu können, sind die Gläubiger in ihren Interessen ausreichend geschützt.

Zugleich ist aber die Möglichkeit schwerer wirtschaftlicher Schäden vermieden, die dann auftreten könnten, wenn die Übertragende Gesellschaft zur Ablösung ihrer Verbindlichkeiten vor der Verschmelzung genötigt wäre.

Die vorliegende Untersuchung müßte unvollständig erscheinen, wenn nicht wenigstens die Frage aufgeworfen würde, welche Möglichkeiten für eine Fusion von Aktiengesellschaften über die nationalen Grenzen hinweg bestehen.

Die in den Aktienrechten der Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes vorherrschende Auffassung ist bisher grundsätzlich gegen eine supranationale Fusion eingestellt. Die im EWG-Vertrag geforderte Angleichung der Gesellschaftsrechte in den Mitgliedstaaten ist auch im Hinblick auf die Verschmelzung von Aktiengesellschaften bislang Programm geblieben.

Frankreich, Belgien und Luxemburg stehen der supranationalen Fusion ablehnend gegenüber, jedenfalls insoweit, als die Übertragende Gesellschaft dem eigenen nationalen Recht unterliegt.

In diesem Sinne ist ein "changement de nationalité" infolge einer Verschmelzung in Belgien durch art. 70 L.C.

ausgeschlossen⁵²⁹⁾. Für Luxemburg gilt insofern das Gleiche.

Die Neufassung des art. 31 des Gesetzes vom 24.VII.1857 durch die Loi Ferri vom 25.II.1953 in Frankreich deckt sich im Ergebnis mit der belgischen Auffassung.

Nach diesen Rechten ist eine Fusion von S.A. mit ausländischen Aktiengesellschaften nur möglich, wenn die Aktionäre der Übertragenden (inländischen) S.A. die Auflösung der Gesellschaft einstimmig beschließen⁵³⁰⁾.

In Wirklichkeit sind solche Fusionen daher kaum realisierbar.

Weder das italienische⁵³¹⁾ noch das holländische Aktienrecht kennt ein Verbot supranationaler Fusionen.

In Holland wird für die Zulässigkeit einer derartigen Operation vor allem die Satzung maßgebend sein, jedenfalls dann, wenn die holländische Gesellschaft die Übertragende ist.

In der Literatur hat man sich mit dieser Frage noch nicht eingehend auseinandergesetzt⁵³²⁾.

Das Aktiengesetz von 1937 hat die Möglichkeit einer supranationalen Verschmelzung von AGen nicht berücksichtigt. Auch der Regierungsentwurf von 1962 enthält keinen Hinweis auf eine künftige gesetzliche Regelung dieser Frage.

Eine Verschmelzung, bei der die aufnehmende AG dem geltenden deutschen Aktienrecht unterliegt, ist bislang für

529) Auch die Vorarbeiten für das Gesetz vom 6.I.1958 sehen keine Änderung dieses Standpunktes vor. Vgl. RENAULD, op. cit., p. 57. Siehe auch Tribunal de BRUXELLES vom 28.VI.1955, in J.T. 1956, p. 71.

530) Für Frankreich vgl. MOREAU, op. cit., n° 799, p.1034; für Belgien vgl. RENAULD, aaO.; für Luxemburg ARENDT et DELVAUX, op. cit., n° 15.41, p. 46.

531) Vgl. GUERRA, op. cit., p. 99 a.E. Er sieht hier vor allem devisenrechtliche Schwierigkeiten.

532) Siehe auch VAN OVEN und VAN LEEUWE, op.cit., p.112.

unzulässig erachtet worden 533).

Wenn dagegen eine deutsche AG ihr Vermögen auf eine ausländische Gesellschaft übertragen will, so bietet hierfür der § 255 AktG eine gewisse Möglichkeit. Von der Anerkennung einer supranationalen Verschmelzung, wenigstens insoweit, läßt sich jedoch nicht sprechen.

Trotz mancher Verschiedenheiten in den einzelnen Aktienrechten der EWG-Staaten erscheint eine Angleichung der Regeln, die bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften eingreifen, innerhalb des Gemeinsamen Marktes möglich.

Dazu ist allerdings erforderlich, daß in Frankreich und besonders in den BENELUX-Staaten der Charakter der Fusion als eigenes Rechtsinstitut stärker betont und in allen Mitgliedstaaten die supranationale Verschmelzung innerhalb der EWG zugelassen wird.

Im Hinblick auf das wirtschaftliche Zusammenwachsen in der EWG muß ein einheitliches, rechtliches System für die Verschmelzung von AGen geschaffen werden, das - wenigstens für die Fusionen über die nationalen Grenzen hinweg - von den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten der EWG beachtet wird.

Auf Grund der bisher gewonnenen Ergebnisse und zur Anregung der Diskussion bei der künftigen Erörterung dieser Fragen mag folgender Vorschlag dienen :

I. Das System der Fusion.

Die systematische Durchführung der Fusion wird der im deutschen Recht getroffenen Lösung weitgehend angenähert.

1. Die formelle Auflösung der Übertragenden AG unterbleibt; an die Stelle des Auflösungsbeschlusses

533) Vgl. SCHILLING, AktG, Großkommentar, Anm. 5 zu § 233 mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung.

tritt der Beschluß der HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft über die Verschmelzung (Verschmelzungsbeschluß).

2. Der Vermögensübergang von der übertragenden auf die aufnehmende oder neu zu gründende AG vollzieht sich einheitlich im Wege der Universalsukzession.
3. Die Liquidation der übertragenden Gesellschaft wird ausgeschlossen.
4. Die Ausgabe der von der aufnehmenden oder neuen AG auszugebenden Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft obliegt einer Treuhandstelle.

Diese wird entweder von der HV der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bestimmt oder es wird ein Organ der EWG-Kommission (etwa Referat "Supranationale Fusionen") mit dieser Aufgabe betraut.

II. Die Stellung der Aktionäre.

1. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften entscheiden über die Fusion. Sie üben ihr Mitbestimmungsrecht in einer außerordentlichen HV aus. Die Mindestvoraussetzung für die Zustimmung in einer solchen Hauptversammlung sollte darin bestehen, daß bei einem Quorum von wenigstens 50 % eine Majorität von mindestens drei Vierteln der gültigen Stimmen für die Verschmelzung abgegeben werden. Die Aufstellung weitergehender Erfordernisse bleibt der Satzung vorbehalten.
2. Denjenigen Aktionären, welche der Verschmelzung nicht zustimmen, wird ein modifiziertes "diritto di recesso" gewährt. Diese Aktionäre sollen das Recht haben, innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach dem Wirksamwerden der Fusion von der aufnehmenden oder neu gegründeten AG die Übernahme ihrer

Aktien an der übertragenden Gesellschaft verlangen zu können. Der Wert, zu dem diese Aktien von der aufnehmenden oder neu gegründeten AG abzunehmen sind, wird durch ein besonderes Organ der EWG festgesetzt (eine Überprüfungsmöglichkeit dieser Wertfestsetzung durch den europäischen Gerichtshof bleibt vorbehalten).

III. Die Gläubiger.

A. Allgemeines.

1. Den Gläubigern der fusionierenden Gesellschaften steht in keinem Fall ein direktes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Verschmelzung zu.
2. Die aufnehmende oder neue AG kann ihre Haftung gegenüber diesen Gläubigern nicht auf das übernommene Vermögen beschränken.

B. Die Inhaber von Vorzugsrechten.

1. Die aufnehmende oder neue AG ist befugt, die Rechte der Inhaber von Vorzugsrechten der übertragenden Gesellschaften auch gegen deren Willen vorzeitig abzulösen. Die Bewertung dieser Rechte und die Festsetzung eines angemessenen Ablösungsbetrages bleibt einem Organ der EWG überlassen.
2. Vereinbarungen zwischen den Inhabern von Vorzugsrechten der übertragenden Gesellschaften und der aufnehmenden oder neuen AG über die Ablösung der Vorzugsrechte, e.g. durch Einräumung neuer Vorzugsrechte, sind, unabhängig von der Bewertung durch ein Organ der EWG, zulässig.

C. Die Obligationäre.

1. Die Inhaber von Obligationen der übertragenden Gesellschaft haben ein klagbares Recht auf Feststellung der Erhaltung ihrer Sicherheiten gegen die aufnehmende oder neue AG.
2. Ein Recht der Obligationäre auf Leistung vor Fälligkeit ihrer Forderungen auf Grund der Fusion besteht nicht.
3. Der aufnehmenden oder neu gegründeten AG bleibt das Recht vorbehalten, die Obligationen vor Eintritt der Fälligkeit abzulösen.

D. Die allgemeinen Forderungsgläubiger.

1. Ein Recht der allgemeinen Forderungsgläubiger, von der aufnehmenden oder neu gegründeten AG Zahlung vor Fälligkeit zu verlangen, besteht nicht.
2. Die allgemeinen Forderungsgläubiger können auf Grund der Verschmelzung von der aufnehmenden oder neuen AG die Bestellung ausreichender Sicherheiten verlangen.
3. Die Bestellung dieser Sicherheiten können die Gläubiger von der aufnehmenden oder neu gegründeten AG nur binnen sechs Monaten nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung verlangen.

L e b e n s l a u f

Am 2.Mai 1938 wurde ich, Michael Fernholz, als zweiter Sohn der Eheleute Dr. rer. pol. Ernst Hermann Fernholz und Elisabeth, geb. Kosseda, in Berlin geboren.

Seit 1943 in Mannheim wohnhaft, besuchte ich dort von 1946 bis 1947 die Volksschule und anschließend das humanistische Karl-Friedrich-Gymnasium; dort bestand ich am 15.März 1956 die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1956 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg. Von einem zweisemestrigen Studienaufenthalt an der Freien Universität Berlin nach Heidelberg zurückgekehrt, legte ich dort am 12.Dezember 1960 die 1.juristische Staatsprüfung ab. Im Wintersemester 1961/62 und im Sommersemester 1962 war ich an der Universität Mainz immatrikuliert.

Am 25.Februar 1965 habe ich vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität die mündliche Doktorprüfung mit Erfolg bestanden.

